Die Unterschlagung von Wertpapieren

und die

strafbaren Handlungen des (Depot)-Gesetzes

vom 5. Juli 1896.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät

der

K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Doctorwürde

in der

Rechts- und Staatswissenschaft

vorgelegt von

Alfred Dürr

Rechtspraktikant

aus **Würzburg.**

ACAD. HUMBOLDT BERL.

Würzburg.
Anton Boegler'sche Buchdruckerei
1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549805_0045

§ 1.

Einleitung.

Wie[1]) der Zweck des Rechts im Allgemeinen Rechtsgüterschutz, Schutz der rechtlich anerkannten menschlichen Lebensinteressen ist, so ist die eigenartige Aufgabe des Strafrechts in dem verstärkten Schutze besonders schutzwürdiger und besonders schutzbedürftiger Interessen zu erblicken. Diese besondere Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit ist nun nicht etwa eine Eigenschaft, welche gewissen Rechtsgütern ein für allemal zukäme, sich aus ihrem Wesen ergäbe, sie bestimmt sich vielmehr nach dem jeweiligen Ermessen des Gesetzgebers, welcher selbstverständlich, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, unter dem Einflusse der wechselnden Volksanschauungen steht. Somit kann der Kreis der Gegenstände strafrechtlichen Schutzes kein geschlossener sein, unterliegt vielmehr Verschiebungen, welche durch die Verschiedenartigkeit des Volkscharakters und den stetig fortschreitenden Entwicklungsgang der Völker bedingt sind.

Aber nicht nur insofern ist das Strafrecht dem Gesetze der Weiterbildung unterworfen, als Rechtsgüter, welche mit strafrechtlichem Schutze umkleidet waren, ausscheiden, und neue eintreten, auch die Höhe des

---

[1]) v. Liszt-Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 53 ff. (10. Auflage 1900).

Schutzes, welcher dem einzelnen Rechtsgute zu teil wird, unterliegt Schwankungen, für welche ebenfalls die jeweilige Wertschätzung und die grössere oder geringere Gefährdung von bestimmender Bedeutung sind.

Gerade das erwähnte zweite Moment, die Schutzbedürftigkeit, spielt in der heutigen raschlebigen Zeit eine grosse Rolle. Bald hier, bald da nehmen die Verletzungen eines Rechtsguts, sei es allgemein, sei es in einer bestimmten Form, einen derart bedrohlichen Charakter an, dass der Gesetzgeber sich veranlasst sieht, mit Spezialbestimmungen einzuschreiten, die zum Teil völlig neue Strafdrohungen enthalten, zum Teil den schon bestehenden Strafschutz erhöhen. Auf diese Weise erklärt sich ein grosser Teil der strafrechtlichen Nebengesetze, welche seit dem Erlass des Strafgesetzbuchs ergangen sind, und welche oft in enger Anlehnung an das augenblickliche Bedürfnis ein sehr beschränktes Anwendungsgebiet haben.

Ein solches Gesetz ist auch das sogenannte Depotgesetz, das »Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere« vom 6. Juli 1896, welches in seinem strafrechtlichen Teil neben Strafbestimmungen gegen die Nichtbeachtung einiger im Vorausgehenden aufgestellter Ordnungsvorschriften (§§ 10 und 12 Abs. 2, Ziffer 1) und einer Ergänzung der Strafdrohung gegen Unterschlagung (§§ 9 und 12, Abs. 1) in den §§ 11 und 12, Abs. 2 Ziff. 2 einen Spezialfall der Unterschlagung und zwar der Unterschlagung von Wertpapieren herausgreift und mit erhöhter Strafe bedroht.

Diesen Spezialfall der Unterschlagung einer Interpretation zu unterziehen und zwar im Anschlusse an das Gattungsdelikt, soll Aufgabe der folgenden Abhandlung sein. Die Gliederung, welche derselben zu Grunde gelegt werden soll, ergibt sich damit ohne weiteres:

Begriff der Unterschlagung.

I. Das Gattungsdelikt.
II. Die Wertpapiere als Objecte der Unterschlagung.
III. Die strafbaren Handlungen der §§ 11 und 12 Abs. 2, Ziff. 2 des Depotgesetzes.

§ 2.

Das Gattungsdelikt.

Unterschlagung ist nach § 246 St.G.B. die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache, welche der Thäter bereits in seinem Besitz oder Gewahrsam hat.

Nach ihrer geschichtlichen Entwicklung ist die strafbare Handlung der Unterschlagung ein Verbrechen[1]), dessen Angriffsobjekt ebenso wie das des Diebstahls und Raubes das Eigentum bildet; und dieser Charakter der Unterschlagung wird im Strafgesetzbuch, wie die Bezeichnung der Handlung als »Zueignung einer fremden Sache« klar zum Ausdruck bringt, zu Grunde gelegt. Stimmt nun die Unterschlagung mit Diebstahl und Raub in der Richtung des Angriffs gegen die Eigentumsordnung überein, so hebt sie sich in der Fassung des Thatbestandes doch wieder scharf von diesen Verbrechen ab: Der Thatbestand des Diebstahls und Raubes erfordert »Wegnahme der fremden Sache«, also gleichzeitig oder vielmehr in erster Linie Verletzung der Besitzesordnung, während die Unterschlagung das »Haben der Sache in Besitz oder Gewahrsam« voraussetzt, also als reine Eigentumsverletzung auftritt[2]). Dieser Gegensatz von Dieb-

[1]) Verbrechen im weiteren Sinne.

[2]) Binding Normen 1872 II. S. 542; Kapff Unterschlagung 1879 S. 30 ff. Vergl. auch die Vorschläge Schütze's betr. die gesetzl. Formulierung der Begriffe Unterschlagung und Diebstahl im Gerichtssaal, Bd. 21, S. 115 ff.

stahl und Raub zur Unterschlagung grenzt diese nach einer Richtung hin ab. Eine weitere Grenzlinie ergibt sich aus der Gegenüberstellung derselben mit Betrug und Erpressung. Der prinzipielle Gegensatz zwischen diesen Verbrechen ist zunächst schon in der Verschiedenheit des Angriffsobjekts zu erblicken — hier das Vermögen als solches und zwar im wirtschaftlichen Sinne aufgefasst[1]), dort lediglich das Eigentum und zwar in der Weise, dass eine Vermögensbeschädigung aus dieser Verletzung des Eigentums gar nicht zu entspringen braucht[2]), — weiter dann in der für Betrug und Erpressung geforderten, dem Begriff der Unterschlagung dagegen unwesentlichen Bereicherungsabsicht[3]), endlich in der Verschiedenartigkeit der Handlung: Bei Betrug und Erpressung missbraucht der Thäter durch Täuschung oder Nötigung eine andere Person dazu, dass sie selbst den von ihm gewollten Erfolg herbeiführt, daher er auch regelmässig den Eintritt eines wirklichen neuen Rechtszustandes erzielt; für die Unterschlagungshandlung dagegen ist charakteristisch, dass der Thäter eigenmächtig vorgeht, unter Ausbeutung einer thatsächlichen Verfügungsgewalt, unbekümmert um die Sanktion der Rechtsordnung, sein Ziel zu erreichen sucht, daher aber auch nur einen thatsächlichen Zustand zu schaffen vermag, mit einer wichtigen Ausnahme, welche sich ergibt aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu gunsten

[1]) Berner Lehrbuch des Strafrechts S. 569 f. (16. Aufl. 1891); v. Liszt S. 456 f.

[2]) Dieser Gegensatz wird etwas verwischt, wenn man, wie dies z. B. Hugo Meyer 4. Aufl. S. 711 thut, dem Betrug an Stelle des »wirtschaftlichen« einen »rechtlichen« Vermögensbegriff zu Grunde legt.

Vergl. demgemäss Hugo Meyer S. 638, No. 46, wo er von seinem Standpunkte aus durchaus folgerichtig zur Unterschlagung eine Vermögensbeschädigung verlangt.

[3]) Olshausen (Kommentar z. Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 1892), 246, 21. Binding Normen II 540 f.; Berner S. 555 (539).

derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. — Auch die Sachbeschädigung weist gewisse verwandte Züge mit der Unterschlagung auf; auch sie bedeutet einen Eingriff in fremdes Eigentum; aber die den Thäter beseelende Absicht ist in beiden Fällen eine wesentlich verschiedene: Dort die Absicht der sofortigen Beschädigung oder Zerstörung ohne die gleichzeitige Absicht, doch einzelne Bestandteile noch zu verwerten[1]), hier wenigstens zunächst die Absicht, das Objekt der strafbaren Handlung in das eigene Vermögen zu bringen. Endlich verdient, um den Kreis der angrenzenden Verbrechen zu schliessen, noch die Untreue Erwähnung, die absichtliche, d. i. vorsätzliche Verfügung eines Bevollmächtigten über (Forderungen oder andere) Vermögensstücke des Auftraggebers zum Nachteile desselben. Die Untreue kann mit der Unterschlagung in Idealkonkurrenz treten[2]); aber ihr Anwendungsgebiet ist durch die Beschränkung auf ein Vollmachtsverhältnis sehr eingeengt.

Wenden wir uns nun nach diesem kurzen Ueberblick über die Stellung der Unterschlagung im Systeme des geltenden Strafrechts zu ihrem inneren Ausbau, so haben wir zunächst das Objekt derselben ins Auge zu fassen. Als solches verlangt § 246 eine fremde bewegliche Sache, welche sich im Besitze oder Gewahrsam des Thäters befindet.

Nach übereinstimmender Ansicht und im Einklang mit dem Wesen der Unterschlagung als eines gegen das Eigentum gerichteten Delikts ist Sache im Sinne von körperlichem Gegenstand zu verstehen, ein Sprachgebrauch, welcher sich auch mit dem des bürgerlichen

[1]) v. Liszt S. 415 (431); Oppenhoff 246, 38 (Kommentar z. Strafgesetzbuch, 5. Ausg. 1876); A. M. Olshausen 242, 30 c.

[2]) Hugo Meyer S. 726; Berner S. 577 Note 1; R. G. (Entscheidungen in Strafsachen) 32, 262.

Gesetzbuchs deckt.[1]) Kräfte[2]), Gedanken, Erfindungen, Rechte, also namentlich auch Forderungsrechte, Mitgliedschaftsrechte können nicht Objekte der Unterschlagung sein. Unerheblich ist, ob die Sache einen nach Geld abschätzbaren Tausch- und Handelswert hat; doch wird, wenn dies nicht der Fall ist, regelmässig das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlen.[3])

Die Sache muss eine beweg liche sein. Man möchte versucht sein, den civilrechtlichen Begriff der beweglichen Sache im Gegensatz zur unbeweglichen hier zu Grunde zu legen.

Doch wird unbestritten der Begriff der Beweglichkeit im natürlichen Sinne aufgefasst, also lediglich thatsächliche Beweglichkeit gefordert[4]). Und dies entspricht ja auch dem Wesen der Sache, indem für Diebstahl und Unterschlagung zweifellos Gleichartigkeit des Objekts gefordert werden muss, Gegenstand des Diebstahls aber nur eine Sache, aber auch jede Sache sein kann, welche der »Wegnahme« fähig, also im natürlichen Sinn beweglich ist. Bei dieser Auffassung ist eine Sache auch dann geeignetes Objekt der Unterschlagung, wenn sie durch den Thäter erst beweglich gemacht wird.

Hinsichtlich des weiteren Thatbestandsmerkmals der fremden Sache standen sich lange Zeit in Theorie und Praxis zwei gegensätzliche Auffassungen[5]) gegen-

[1]) § 90 B. G. B.

[2]) Vergl. Reichsgesetz v. 9. April 1900 betr. die Entziehung elektr. Arbeit.

[3]) Olshausen 242, 12; Oppenhoff 242, 2; v. Liszt S. 411.

[4]) Berner S. 538; Olshausen 246,2; 242,4; Oppenhoff 246,3; v. Liszt S. 412.

[5]) Vergl. hierüber besonders die eingehenden Erörterungen bei Kapff, Unterschlagung §§ 4 ff. und bei Hälschner in Goltdammer's Archiv Band XV, Seite 3 ff. (mit Rücksicht auf §§ 225 und 226 des preussischen Strafgesetzbuchs); auch Lindenan, Unterschlagung an barem Geld nach deutschem Reichsstrafrecht (Rostocker Dissertation 1894) beschäftigt sich S. 20 ff. eingehend mit diesen Theorien.

über. Während die eine daran festhielt, dass als Gegenstand einer »Zueignung« nur eine nicht im Eigentume des Thäters stehende Sache denkbar, und dass für dieses Eigentum der bürgerlich-rechtliche Begriff allein massgebend sei, konstruierten die Gegner, um einem angeblichen Bedürfnisse der Praxis zu entsprechen, einen besonderen strafrechtlichen Eigentumsbegriff, mit dem sie die Möglichkeit der Unterschlagung an einer im Eigentume des Thäters befindlichen Sache anerkannten und die Unterschlagung nicht mehr als ein Verbrechen gegen das Eigentum, sondern gegen die Vertragstreue behandelten, ihr Wesen ausschliesslich in dem Treubruch fanden. Heute kann man diesen Weg unzulässiger extensiver Interpretation als allgemein verlassen und die zuerst dargelegte Ansicht als unbestritten anerkannt bezeichnen[1]).

Auch darüber, dass das Moment der fremden Sache nicht nur negativ Mangel des Eigentums seitens des Thäters, sondern auch positiv das Erfordernis anderweit bestehenden Eigentums zum Ausdruck bringe, dass also herrenlose und derelinquierte Sachen nicht als fremde Sachen im Sinne des Gesetzes zu betrachten seien, an ihnen daher auch keine Unterschlagung begangen werden könne, herrscht heute Einhelligkeit.

Ein Miteigentümer[2]) kann sich bezüglich der im Miteigentum stehenden Sache einer rechtswidrigen Zueignung, also einer Unterschlagung schuldig machen[3]).

---

[1]) Olshausen 246, 3—7; 242, 5—11; Oppenhoff 246, 4—23; 242, 6—12 a; Berner S. 555; v. Liszt S. 430 (411). Ebenso die Rechtsprechung des Reichsgerichts: R. G. 28, 389; 3, 152; 21, 367. Vergl. aber die bei Lindenan a. a. O. genannten Commentare von Schwarze (§ 246, 6) und Hahn (§ 246 Anm. 2), welche noch an dem Begriff des strafrechtlichen Eigentums festhalten.

[2]) Hugo Meyer S. 632.

[3]) Von Bedeutung für das Requisit der fremden Sache sind die Surrogationsfälle des bürgerlichen Rechts. Vergl. z. B. §§ 1381, 1382,

Ein Gebiet, auf dem der Streit der Meinungen noch keineswegs sein Ende erreicht hat, betreten wir aber, wenn wir uns nun der Frage zuwenden, welche Bedeutung dem Erfordernisse des Besitzes oder Gewahrsams des Thäters an der zuzueignenden Sache beizumessen sei. Zweifellos ist hier nicht an die unter gleichen oder ähnlichen Namen im Civilrecht auftretenden Begriffe zu denken, welche in den verschiedenen Rechtsgebieten und zu verschiedenen Zeiten eine wechselnde rechtliche Ausgestaltung aufweisen[1]), sondern an ein rein thatsächliches Verhältnis, nämlich an das Verhältnis von Person zu Sache, kraft dessen die Person die thatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache hat[2]). Eben dieses thatsächliche Verhältnis bildet ja auch stets die Grundlage, auf welcher das Civilrecht seine entsprechenden Begriffe aufbaut. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es sich bei dem Momente des »Besitzes oder Gewahrsams« nicht um zwei begrifflich verschiedene Dinge handelt, sondern um einen einheitlichen, nur durch zwei verwandte Bezeichnungen umschriebenen Begriff[3]).

Was nun diese »thatsächliche Verfügungsgewalt« betrifft, mit welcher das Wesen des strafrechtlichen Gewahrsams in Kürze bestimmt werden kann, so ist dieselbe nicht in dem Sinne gemeint, dass sie sich in der physischen Beherrschungsmöglichkeit erschöpfte, es soll ihr vielmehr zugleich ein Willens-

1473, 1646 B. G. B. Auch nach B. G. B. ist der Schatz mögliches Objekt einer Unterschlagung (§ 984). Ueber einzelne Fälle, in denen die Feststellung des Moments der fremden Sache Schwierigkeiten zu bereiten geeignet ist, lassen sich in ausführlicher Weise u. a. Hugo Meyer S. 632 ff. und Kapff aus.

[1]) R. G. 29, 210: Für den Begriff des Gewahrsams im Zusammenhange des § 246 sind landesrechtliche Vorschriften nicht entscheidend.

[2]) R. G. 10, 260; 23, 75.

[3]) Mit Rücksicht hierauf wird im Folgenden der Kürze halber stets der einfache Ausdruck »Gewahrsam« verwendet werden.

moment inbegriffen sein. Darnach ist eine Person nur dann im Besitze der thatsächlichen Verfügungsgewalt, also Gewahrsamsinhaber, wenn sie nicht nur räumlich in der Lage ist, eine Sache zu beherrschen, sondern auch den Willen hat, dies zu thun[1]). Es ist nun allerdings nicht erforderlich, dass sich dieser Wille auf die Beherrschung der bestimmten einzelnen Sache bezieht, es genügt, falls entsprechende vermittelnde Vorrichtungen und Anstalten vorhanden sind, dass er diese mit allen Sachen umfasst, welche dadurch in Beziehung zu dem allgemeinen Beherrschungswillen gesetzt werden[2]).

Die vorgetragene Auffassung des strafrechtlichen Gewahrsams rechtfertigt sich aus der Stellung, welche die Unterschlagung im Systeme des Reichsstrafgesetzbuchs einnimmt. Sie erscheint als Eigentumsverletzung. Eine solche ist nun, da das Eigentum, die eine Sache nach allen Richtungen hin ergreifende völlige rechtliche Beherrschung, sich in der thatsächlichen Beherrschung bethätigt, grundsätzlich mit einem Eingriffe in diese Ausübung der Herrschaft, in die thatsächliche Verfügungsgewalt des Eigentümers oder eines Stellvertreters desselben verbunden. Dies ist nur unter gewissen Umständen nicht der Fall, namentlich dann, wenn diese Verfügungsgewalt, vom Eigentume losgelöst, dem Thäter zusteht. Und diese letzteren Fälle reiner Eigentumsverletzung stehen eben bei der Unterschlagung in Frage. Sie bieten sich also, wie wir sehen, der theoretischen Betrachtung als die Ausnahmefälle dar. Es wäre daher am zweckmässigsten, den Begriff der Unterschlagung durch Aufnahme eines negativen Moments zu bestimmen, wenn man es nicht vorzöge, nach dem Vorschlage Binding's[3])

---

[1]) v. Liszt S. 412; Olshausen 242, 16.
[2]) Kapff a. a. O. S. 64; Berner S. 541.
[3]) Binding Normen II S. 542.

die Unterschlagung dem Diebstahle voranzustellen; dann bedürfte es der Aufnahme eines solchen Moments überhaupt nicht. Das Gesetz hat weder das eine noch das andere gethan, sondern hat das für die Unterschlagung charakteristische Moment positiv zu fassen versucht, indem es Gewahrsam des Thäters an der zuzueignenden Sache fordert.

Aus dem Gesagten folgt zweifellos, dass dieser Gewahrsam als positives Moment betrachtet, als welches er sich ja darstellt, nur im Sinne der thatsächlichen Verfügungsgewalt verstanden werden kann; es folgt aber daraus weiter, dass die vom Gesetzgeber gewählte positive Fassung seine Absicht verdunkelt, dass daher eine berichtigende Auslegung nicht zu umgehen ist.

Wollte man dabei stehen bleiben, in dem Momente des Gewahrsams lediglich das Erfordernis der thatsächlichen Verfügungsgewalt seitens des Thäters zu erblicken, so wäre damit ein scharfer begrifflicher Gegensatz zwischen der Unterschlagung einerseits, Diebstahl und Raub andererseits geleugnet, während das Gesetz einen solchen doch zweifellos im Auge hat, und es wäre das trennende Moment in einer reinen Aeusserlichkeit gefunden. Nicht dass der Thäter bereits Verfügungsgewalt über das Objekt der Zueignung besitzt, kann das Massgebende sein, sondern dass die Verfügungsgewalt eine derartige ist, dass sie die einer anderen Person ausschliesst. Denn nur in diesem Falle ist eine Eigentumsverletzung möglich, welche nicht zugleich den für Diebstahl und Raub charakteristischen Eingriff in fremde Verfügungsgewalt aufweist. Es scheiden somit aus dem Gebiete der Unterschlagung die Fälle aus, in denen einer von mehreren Gewahrsamsinhabern rechtswidrig sich die ausschliessliche Verfügungsgewalt anmasst. Diese Fälle sind unter den Diebstahl zu sub-

sumieren[1]). Zwei Möglichkeiten eines derartigen mehrfachen Gewahrsams sind denkbar: es können die mehreren Gewahrsamsinhaber einander gleichgeordnet sein, sie können aber auch im Verhältnisse der Ueber- und Unterordnung stehen.

Die erstere Möglichkeit bedarf wohl keiner näheren Erörterung; wohl aber ist eine solche hinsichtlich der letzteren am Platze, da sich hier Fragen aufwerfen, welche der Beurteilung des einzelnen Falles Schwierigkeiten bereiten können. Es handelt sich hier um die Untersuchung der Frage, wann im Falle der Begründung neuen Gewahrsams an einer Sache ein vorher vorhandener als fortbestehend anzunehmen ist oder aufgehoben erscheint. Und die praktische Bedeutung dieser Frage ist darin zu erblicken, dass im ersteren Fall die rechtswidrige Zueignung des neuen Gewahrsamsinhabers den Thatbestand des Diebstahls bezw. des Raubes erfüllt, im letzteren Fall den der Unterschlagung.

Das Wesen des Gewahrsams, wie es oben bestimmt wurde, gestattet die einfache Folgerung, dass die beiden Momente, welche dasselbe ausmachen, auch über die Fortdauer des Gewahrsams entscheiden, die physische Beherrschungsmöglichkeit und der entsprechende Beherrschungswille. Mit dem Wegfalle eines dieser Momente endigt der Gewahrsam. Indessen bedarf es zu seiner Fortdauer, was zunächst das Willensmoment betrifft, nicht einer fortwährenden aktuellen Bethätigung des Willens; derselbe gilt als fortbestehend, solange nicht eine erkennbare Willensumkehrung, ein in contrarium agi erfolgt, oder dem Gewahrsamsinhaber das Bewusstsein seiner Beherrschungsmöglichkeit durch gänzlichen Verlust jeglicher Erinnerung an die Sache selbst oder

[1]) v. Liszt S. 413; Olshausen 242, 19; Hugo Meyer S. 636, 650.

deren Verbleib vollständig entschwindet[1]). Andererseits ist zur Fortdauer der physischen Beherrschungsmöglichkeit nicht erforderlich, dass der Gewahrsamsinhaber die Sache fortwährend unter den Augen hat; es genügt, wenn er nur den Raum beherrscht, in welchem sich die Sache befindet, mit dem oben charakterisierten generellen Beherrschungswillen[2]). Auf diese Weise ist es möglich, dass ein Gewahrsamsinhaber in dieser seiner Stellung verbleiben kann, auch wenn ein neuer Gewahrsamsinhaber zwischen ihn und die Sache tritt. Es bedarf daher im konkreten Fall der sorgfältigen Prüfung, ob Alleingewahrsam oder Mitgewahrsam vorliegt, wobei besonders das Willensmoment Beachtung verdient[3]).

In den vorstehenden Ausführungen hat die Berücksichtigung der negativen Bedeutung, welche für das Moment des Gewahrsams postuliert werden muss, zu einer nicht unbeträchtlichen Einschränkung des Anwendungsgebiets der Unterschlagung geführt. Nach einer anderen Richtung hin nötigt aber eben diese Berücksichtigung zu einer Erweiterung desselben im Wege der extensiven Interpretation. Wie oben schon angedeutet, sind die Fälle, in welchen eine Person, ohne Eigentümer zu sein, eine Sache in ihrem ausschliesslichen Gewahrsam hat, nicht die einzigen, in welchen eine rechtswidrige Zueignung ohne Eingriff in fremden Gewahrsam vor sich gehen kann. Das bürgerliche Recht kennt nämlich Fälle, in welchen eine Person weder

---

[1]) Kapff a. a. O. S. 61.

[2]) Kapff S. 67 f.; R. G. 29, 210.

[3]) Einen mehrfachen Gewahrsam an derselben Sache erkennt Kapff nicht an, der daher die Möglichkeit der Begründung neuen Gewahrsams ablehnen muss, soweit der bestehende nicht gleichzeitig endet; er gelangt auf diese Weise bezüglich der Möglichkeit einer Unterschlagung zu den gleichen Ergebnissen, die im Vorstehenden gewonnen wurden, wird aber bei seinen Ausführungen dem Wesen des Gewahrsams nicht vollständig gerecht.

Eigentümer noch Gewahrsamsinhaber ist, aber auf Grund des sogenannten mittelbaren Fremdbesitzes ohne Verletzung fremden Gewahrsams sich eine fremde Sache zuzueignen im stande ist, z. B. indem sie dieselbe durch Besitzüberweisung oder durch Uebergabe kurzer Hand veräussert[1]). Von Diebstahl kann hier keine Rede sein, da eine Wegnahme zweifellos verneint werden muss; aber auch der Begriff der Unterschlagung würde versagen, wenn derselbe Gewahrsam des Thäters im Sinne eines positiven Thatbestandsmerkmales, also thatsächliche Verfügungsgewalt des Thäters erforderte; es läge hier eine offensichtliche Lücke in den Bestimmungen des geltenden Strafrechts vor, indem Fälle, die gleich strafwürdig sind, zum Teil unter Strafe gestellt wären, zum Teil straflos blieben. Zweifellos ist es aber als zulässig und nicht als ein Verstoss gegen das Verbot der Analogie in § 4 St. G. B. zu erachten, wenn man diese Fälle gleichmässig unter den Begriff der Unterschlagung bringt. Denn die negative Bedeutung, welche dem Momente des Gewahrsams zukommt, steht nach der ratio legis derart im Vordergrund, dass auf die positive Fassung des Gesetzes kein zu hohes Gewicht zu legen ist[2]).

Abgesehen von den eben erörterten Fällen kann aber auch die gegenwärtige Fassung des Thatbestandes der Unterschlagung einer verständigen Rechtsprechung keine ernstliche Schwierigkeiten bereiten. Denn in allen übrigen Fällen muss der rechtswidrigen Zueignung eine Gewahrsamsbegründung vorangehen. Die Feststellung einer solchen wird auch in Fällen, wie dem der Fundunterschlagung, an denen man sich vor allem stiess, da hier Gewahrsamsbegründung und Zueignung in einen

[1]) §§ 931, 929 Satz 2 B. G. B.

[2]) Binding Normen II S. 543 f.; Berner S. 554; Rotering im Gerichtssaal, Band 36, S. 575; A. M. Olshausen 246, 8 a; Oppenhof: 246, 30; Schweyer, Bankdepotgeschäfte 1899 S. 78.

Moment zusammenfielen, keineswegs unmöglich sein, da auch hier die Zueignung den vorher begründeten Gewahrsam als die notwendige Vorstufe voraussetzt; es ergibt sich dies einfach aus dem Verhältnisse des Gewahrsams zu dem Zustand, der durch die Zueignung geschaffen wird, einem vom »Weniger« zum »Mehr« fortschreitenden Verhältnisse[1]). Auf welche Weise aber der Gewahrsam begründet wurde, ob durch Zufall, durch Irrtum, durch ein Anvertrauen seitens des bisherigen Gewahrsamsinhabers oder endlich durch eine rechtswidrige oder gar strafbare Handlung, ist zunächst völlig belanglos. Doch ist hier zu beachten, dass dem Begriffe der Unterschlagung wesentlich ist die Negation des Eingriffs in fremden Gewahrsam. Dieser Satz bedarf indes einer selbstverständlichen Einschränkung. Die Unterschlagung ist nicht schon dann begrifflich ausgeschlossen, wenn die Gewahrsamsbegründung widerrechtlich, ja nicht einmal notwendig, wenn sie durch eine strafbare Handlung erfolgt ist[2]). Ausser der Strafbarkeit der Gewahrsamsbegründung ist ein derart enger Zusammenhang derselben mit der rechtswidrigen Zueignung erforderlich, dass diese ihren selbständigen Charakter verliert, gewissermassen in jener völlig aufgeht. Dies ist nun dann der Fall, wenn sie als Verwirklichung der

[1]) Vergl. darüber unten S. 27 f. Rotering a. a. O. 572 f.; v. Liszt 430 f.; Hugo Meyer S. 637.

[2]) Wenn daher Kapff a. a. O. S. 33 den Gedanken, welchen das Gesetz mit dem Erfordernisse des Gewahrsams des Zueignenden zum Ausdrucke bringen will, darin findet, dass der Thäter die Sache nicht auf bewusst rechtswidrige Weise aus fremder Detention nehme oder genommen habe, so kann dieser Auffassung nicht beigepflichtet werden. Vergl. auch Schütze im Gerichtssaal 21, S. 115 ff. (besonders S. 119), der de lege ferenda den Begriff der Unterschlagung in der Weise formulieren will, dass die Zueignung des Unterschlagers »nicht vermittelst Wegnahme aus dem Gewahrsam eines Anderen« erfolgen dürfe. Vergl. weiter R. G. 10, 261. Hugo Meyer S. 637.

zum Begriffe eines anderen Verbrechens erforderlichen Absicht erscheint, und diese Verwirklichung als dem gewöhnlichen Hergange entsprechend stillschweigend vom Gesetzgeber vorausgesetzt wird[1]). Typische Beispiele für eine solche »juristische Handlungseinheit« sind die Fälle des Diebstahls und Raubes, die ja auch im Vorausgehenden mit Rücksicht auf ihren begrifflichen Gegensatz zur Unterschlagung wiederholt berührt werden mussten. Aber auch andere Fälle können hier in Betracht kommen, so die Fälle der Erlangung des Gewahrsams durch Betrug[2]) und Erpressung; auch hier erscheint regelmässig die nachfolgende rechtswidrige Zueignung als eine unselbständige an das vorausgehende Verbrechen sich unmittelbar anschliessende weitere Verwirklichung eines verbrecherischen Entschlusses. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass hier doch der Annahme einer Unterschlagung noch Raum gegeben ist, so nämlich dann, wenn es sich um zwei völlig selbständige Willensbethätigungen handelt, welche nur durch das gemeinsame Objekt in Beziehung zu einander treten, wenn also jemand, nachdem er durch Betrug den Gewahrsam erlangt hat, durch die günstige Gelegenheit verlockt, die Zueignungsabsicht fasst und verwirklicht.

Wir sind davon ausgegangen, dass der strafrechtliche Gewahrsam ein besonderer Begriff sei, der ohne

---

[1]) v. Liszt S. 221.

[2]) Dass die durch Täuschung herbeigeführte Erlangung des Gewahrsams den Thatbestand des Betrugs verwirklichen könne, wird zwar bestritten, muss aber mit Olshausen (263, 29 und 44 Ia), Oppenhoff (263, 2), v. Liszt (S. 456), Kapff (Unterschlagung S. 75) anerkannt werden; letzterer hebt mit Recht hervor, dass das Ueberlassen des Gewahrsams an einer Sache für die Dauer dieser fremden Detention den Wert derselben für den Eigentümer bezw. den bisherigen Inhaber schon mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit eigener Benützung, sowie auf die Gefahr der Unehrlichkeit des neuen Gewahrsamsinhabers vermindert und dadurch das Vermögen dieser Personen beschädigt.

Rücksicht auf die civilrechtlichen Begriffe des Besitzes und des Gewahrsams oder der Inhabung bestimmt werden müsse. Nun hat aber doch die Frage ein gewisses Interesse, wie diese verschiedenen Begriffe sich zu einander verhalten.

Da ergibt sich, dass die civilrechtlichen Begriffe[1]) eben das Moment zur Grundlage haben, welches das Wesen des strafrechtlichen Gewahrsams ausmacht, die thatsächliche Gewalt. Auf dieser Grundlage baut nun aber das bürgerliche Recht die erwähnten beiden Begriffe als wesentlich verschieden auf, indem es auf die grössere oder geringere Selbständigkeit hinsichtlich der Ausübung der Gewalt Gewicht legt. Der Besitzer hat ein Recht auf dieselbe auch gegenüber dem Eigentümer, während der Inhaber, der Besitzdiener in völliger Abhängigkeit von einem Besitzherren sich befindet, demzufolge dieser ihm jederzeit die Ausübung der Gewalt entziehen kann. Diese Unterscheidung ist für die Unterschlagung ohne Belang, für welche nur die Frage Bedeutung hat, ob der Gewahrsam ein ausschliesslicher ist oder mehreren Personen gemeinsam zusteht. Die beiden Unterscheidungen werden sich zwar regelmässig decken; doch ist dies keineswegs mit begrifflicher Notwendigkeit der Fall. Beim Besitzdienerverhältnis wird wohl stets ein Mitgewahrsam des Besitzherrn gegeben sein, indem es der Natur desselben entspricht, dass der Besitzherr den eigenen Gewahrsam nicht aufzugeben gewillt ist, und dass die Sache in einem räumlichen Verhältnis zu ihm verbleibt, welches den Anforderungen der physischen Beherrschungsmöglichkeit genügt. Doch darf obiger Satz nicht umgekehrt werden;

[1]) Bei dieser vergleichenden Erörterung sollen speziell die entsprechenden Begriffe des bürgerlichen Gesetzbuchs herangezogen werden; vergl. in dieser Hinsicht §§ 854, 855, 868 B. G. B.

der Mitgewahrsamsinhaber, der in Unterordnung unter einen anderen den Gewahrsam übt, muss nicht notwendig Besitzdiener sein, wenn dies auch die Regel bilden wird. Prinzipiell ist die Möglichkeit anzuerkennen, dass neben dem unmittelbaren Besitzer eine diesem übergeordnete Person, der sogenannte mittelbare Besitzer des bürgerlichen Gesetzbuchs, den Mitgewahrsam hat; denn der Wille, einem anderen den Gewahrsam in gewisser Selbständigkeit einzuräumen, schliesst den Willen nicht aus, daneben doch den eigenen Gewahrsam fortzusetzen, und falls daher ein entsprechendes räumliches Verhältnis besteht, ist eine wirkliche derartige Fortsetzung sehr wohl möglich.

Mit der Unterscheidung von Besitz und Inhabung erschöpft sich die civilrechtliche Regelung der Besitzesverhältnisse nicht; innerhalb des Besitzes werden wieder unmittelbarer und mittelbarer Besitz unterschieden. Mit der Aufstellung des Begriffs des mittelbaren Besitzes entfernt sich das bürgerliche Recht zum Teil von seinem Ausgangspunkt, der thatsächlichen Gewalt. Denn wenn man auch für den mittelbaren Besitz eine solche insofern construieren kann, als derselbe voraussetzt, dass der unmittelbare Besitzer sich thatsächlich als Stellvertreter des mittelbaren Besitzers bekennt, dass er seine Gewalt über die Sache thatsächlich in den Dienst des mittelbaren Besitzers stellt[1]), so ist »der thatsächlichen Gewalt« damit doch ein weiterer Sinn untergeschoben, als ihr an sich zukommt. Auf alle Fälle kann dieser mittelbare Besitz den Voraussetzungen des strafrechtlichen Gewahrsams nicht an sich genügen, sondern nur soweit sich, — was, wie oben ausgeführt, ja möglich ist, — mit demselben doch eine unmittelbare, von der Vertretung durch den Besitzmittler unabhängige

[1]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900, 2. B. S. 63.

Verfügungsgewalt verbindet. Hier ist ein Mitgewahrsam des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers anzunehmen. Aber auch soweit dies nicht der Fall ist, entbehrt der mittelbare Besitz strafrechtlich keineswegs jeglicher Bedeutung[1]), indem er, wie oben dargelegt, die thatsächliche Verfügungsgewalt derart zu ersetzen vermag, dass eine Zueignung seitens des mittelbaren Besitzers ohne Eingriff in fremden Gewahrsam, also als Unterschlagung möglich ist.

Doch um nun auf die verbrecherische Handlung selbst einzugehen, das Gesetz bezeichnet sie als Zueignung, das ist nichts anderes als »zu eigen machen«[2]). Selbstverständlich kann, woran man zunächst denken könnte, davon keine Rede sein, dass der Thäter durch die Zueignung sich wirkliches Eigentum verschafft[3]). Denn bei der Unterschlagung geht der Thäter im Gegensatze zum Betruge eigenmächtig vor, indem er den Willen des Eigentümers und der Rechtsordnung einfach ignoriert. Durch eine solche Handlung, die in offenem Widerstreit zur Rechtsordnung und zum Willen des Verfügungsberechtigten steht, kann grundsätzlich, soweit nicht das Gesetz aus besonderen Gründen ausdrücklich Ausnahmen statuiert, ein Recht, also auch Eigentum niemals begründet werden. Der Thäter weiss das auch und fügt sich dem auch. Seine Absicht geht daher nur dahin, die Sache dem Eigentümer dauernd zu entziehen und an ihr den Gesamtinhalt derjenigen Befugnisse auszuüben, welche der Eigentümer kraft seines Eigentums ausübt[4]). Und dazu ist er sehr wohl im stande.

---

[1]) Anderer Meinung: v. Liszt, S. 412 Nr. 5, welcher den »civilrechtlichen Fiktionen des Besitzes« jede strafrechtliche Bedeutung abspricht.

[2]) Kapff Unterschlagung 79.

[3]) Olshausen 246, 10; vergl. auch die daselbst angeführte abweichende Meinung Rubos N. 2.

[4]) Olshausen 242, 28; v. Liszt S. 415.

Wenn er auch nicht rechtlich den Eigentümer vollständig zu verdrängen und sich an seine Stelle zu setzen vermag, so kann er doch thatsächlich den gleichen Erfolg herbeiführen. Er kann ein Verhältnis zur Sache herstellen, welches mit dem Eigentum der Sache nach völlig übereinstimmt, dem nur die Anerkennung der Rechtsordnung fehlt, um Eigentum zu sein, er kann die volle eigentumsgleiche Herrschaft, »thatsächliches Eigentum wider Willen des Rechts« begründen[1]). Und die Richtung hierauf ist für den Willen des Thäters bei der Zueignung wesentlich.

Die Unterschlagung setzt Gewahrsam, also eine thatsächliche Verfügungsgewalt des Thäters voraus (im Falle des mittelbaren Fremdbesitzes wenigstens eine auf der Anerkennung des unmittelbaren Besitzers beruhende mittelbare Gewalt[2]). Bisher hat er dieselbe unter Anerkennung fremden Eigentums geübt; auf dieses fremde Eigentum gestützt. Fortan aber will er sie nicht mehr für den Eigentümer, sondern lediglich kraft eigener Machtvollkommenheit ausüben; er will die Sache nicht mehr länger als fremde, sondern als eigene behandeln, er will sie in »Eigenbesitz« haben[3]). In diesem blossen Willensakte, dieser Willensumkehrung ist aber trotz der bereits bestehenden Verfügungsgewalt, obwohl also in diesem Willensakte mit Rücksicht auf die thatsächlichen Verhältnisse das entscheidende Moment erblickt werden muss, noch nicht die strafbare Zueignung gegeben. Ein Willensakt ist niemals strafbar; strafbar kann immer nur eine Handlung sein, d. i. die Herbeiführung oder Nichthinderung einer Veränderung in der

[1]) Binding Normen II 545 f.

[2]) Im folgenden soll dieses Falles nicht immer ausdrücklich gedacht werden, da die allgemeinen Grundsätze hier analoge Anwendung zulassen.

[3]) B. G. B. § 872 (v. Liszt S. 415).

Aussenwelt[1]). Es muss also der Wille sich in die That umsetzen. Und von vollendeter Zueignung kann erst dann gesprochen werden, wenn der Wille des Thäters, die dauernde eigentumsgleiche Herrschaft über die Sache unter Ausschluss der Willensherrschaft des Eigentümers zu üben, durch eine Handlung äusserlich erkennbar sich manifestiert[2]). Zur Vollendung der Zueignung ist nicht thatsächlich eingetretene Ausschliessung des Eigentümers, Illusorischwerden seines Eigentums erforderlich[3]), es genügt eine Handlung, welche die Absicht des Thäters, die Sache dem Eigentümer dauernd zu entziehen und ihrer Substanz nach in das eigene Vermögen zu bringen, zum klaren und unzweideutigen Ausdruck bringt. Indem ein Nichteigentümer rechtswidrig als Eigentümer auftritt und in äusserlich erkennbarer Weise den Willen bethätigt, Anerkennung der Stellung, welche er sich anmasst, durchzusetzen und demgemäss jeden, also auch den Eigentümer von einer Einwirkung auf die Sache auszuschliessen, ist das Eigentum verletzt und ein rechtswidriger Zustand geschaffen. Ob dieser Zustand ein dauernder ist, indem die Willensherrschaft des Eigentümers eine wirkliche Auschliessung erfährt, oder ein nur vorübergehender, muss als gleichgiltig erachtet werden, wenn nur die Absicht des Thäters, ihn als dauernden gewollt zu haben, aus seiner Willensbethätigung mit Sicherheit festgestellt werden kann.

Die Zueignungshandlung braucht auch nicht in einer Manipulation zu bestehen, welche direkt die Sache trifft, sich als eine Verfügung über dieselbe, eine

[1]) v. Liszt S. 102.
[2]) Olshausen 246, 11.
[3]) Anderer Meinung: Rotering im »Gerichtssaal« 36, 521.

Aenderung derselben nach Form oder Gestalt oder eine Aenderung ihrer örtlichen Verhältnisse charakterisiert[1]). Andererseits ist es aber auch ungenau, die Verwirklichung der Zueignungsabsicht allgemein schon darin zu erblicken, dass der Zueignende eine Handlung vornimmt, zu welcher nur ein Eigentümer berechtigt sein kann. Denn es gibt kaum eine Handlung, der diese Eigenschaft mit Fug und Recht sich beilegen lässt. Können doch an einer fremden Sache Rechte der verschiedensten Art für einen Nichteigentümer begründet werden, welche dem Berechtigten die Befugnis zur Ausübung des Eigentumsinhalts bald in dieser bald in jener Richtung verleihen. Und auch soweit ein Nichteigentümer sich auf eine besondere Berechtigung zur Vornahme einer solchen Handlung nicht zu berufen vermag, muss in derselben nicht notwendig eine Zueignung zur Erscheinung kommen, da sie ja auch lediglich im Interesse des Eigentümers oder eines Berechtigten der erwähnten Art erfolgen kann.

Die Zueignungshandlung stellt sich als eine missbräuchliche Bethätigung der mit dem Gewahrsam gegebenen Verfügungsgewalt dar. Der Zustand des »thatsächlichen Eigentums«, wie er durch die Zueignung geschaffen wird, ist, wie sich schon aus den bisherigen Ausführungen ergibt, von dem Gewahrsam nicht wesentlich verschieden. Er ist wie dieser ein thatsächliches Verhältnis, erscheint ihm gegenüber nur als ein Mehr, als eine Erweiterung. Die Machtverhältnisse, welche bereits durch die Begründung fremden Gewahrsams zu ungunsten des Eigentümers verschoben waren, werden durch die Zueignung für den Eigentümer noch ungünstiger gestaltet[2]).

[1]) Rotering a. a. O. S. 527; Kapff a. a. O. S. 83.
[2]) Rotering a. a. O. S. 520 ff.

Aus den bisherigen Erörterungen über das Wesen der Zueignung dürfte sich schon ergeben haben, dass dieselbe sich nicht in einer oder einzelnen bestimmten Handlungen vollzieht. Massgebend ist vielmehr für die Frage, ob in einer Handlung eine Zueignung zu erblicken sei, die Eigenschaft einer äusserlich erkennbaren Manifestierung der Zueignungsabsicht. Und die Feststellung dieser Eigenschaft muss für den einzelnen konkreten Fall erfolgen. Regelmässig wird sich die Zueignung in einem positiven Thun darstellen, aber auch in einem Unterlassen kann sie unter Umständen gefunden werden. Welche Handlungen also den Thatbestand der Unterschlagung erfüllen, lässt sich nicht durch Aufzählung bestimmen. Wohl gibt es einige typische Handlungen, welche immer die Bedeutung einer Zueignungshandlung in Anspruch nehmen, diejenigen, welche ihrer Natur nach lediglich Verwendungen im Interesse des Handelnden sein können[1]). Aber mit diesen erschöpfen sich nicht die Fälle, in welchen möglicherweise eine Zueignung sich vollziehen kann. Mit Recht ist daher das Reichsstrafgesetzbuch von dem Standpunkt früherer Gesetzgebungen abgegangen, welche gewisse Handlungen aufführten, die in jedem Falle als Zueignungshandlungen gelten und den Thatbestand der Unterschlagung erfüllen sollten[2]). Es bedeutete dies für die Praxis eine grosse Erleichterung bei Handhabung des Gesetzes; allein man that damit der Fülle der Möglichkeiten in einer nicht zu billigenden Weise Gewalt an[3]).

In der theoretischen Betrachtung pflegt man aber zur Klarlegung des Begriffs der Zueignung gewisse

[1]) Rotering a. a. O. S. 528.

[2]) Vergl. z. B. §§ 225 und 226 des preussischen Strafgesetzbuchs v. 1851; ähnlich die Strafgesetzbücher von Braunschweig, Württemberg, Thüringen.

[3]) Kapff a. a. O. S. 79.

Formen herauszuheben, in denen sich dieselbe besonders häufig vollzieht, und für sie im Einzelnen die Voraussetzungen näher zu bestimmen, unter welchen sie den Charakter von Zueignungshandlungen tragen. Auf diese Formen soll auch hier mit einigen Worten eingegangen werden.

Da ist zunächst der Gebrauch zu nennen. Er ist ein Ausfluss des Eigentums, jedoch mit ihm nicht notwendig verbunden. Es liegt also zwar stets in dem unberechtigten Gebrauch die Anmassung einer dem Eigentum entspringenden Befugnis, aber damit erweist sich derselbe noch nicht als Zueignung; dazu ist vielmehr erforderlich, dass die Zueignungsabsicht in ihm ihren Ausdruck findet. Dies ist regelmässig der Fall, wenn der Gebrauch zu einem allmählichen, früheren oder späteren Verbrauch der Sache führen, aber auch schon dann, wenn er eine derartige Abnützung oder Entwertung derselben zur Folge haben muss, dass sie für den Eigentümer wertlos wird[1]). Denn wenn im ersteren Fall mit dem Verbrauche, also mit dem Untergange des Eigentumsobjekts das Eigentum notwendig hinfällig wird, so besteht es zwar im letzteren Falle fort, wird aber thatsächlich illusorisch. In beiden Fällen hat also der Gebrauch notwendig die Ausschliessung der Willensherrschaft des Eigentümers zur Folge, und der Thäter muss diesen Erfolg wenigstens als möglich vorausgesehen und mit ihm gerechnet haben. Wenn er dessen ungeachtet den Gebrauch fortsetzt, so ist zum mindesten eventuelle Zueignungsabsicht zu unterstellen, und eine solche muss als genügend erachtet werden.

Abgesehen von diesen Fällen wird in dem blossen Gebrauch in der Regel keine Zueignung erblickt werden

[1]) Olshausen 242, 30 a; 246, 14; Rotering a. a. O. S. 530 ff.

können, da die Absicht des blossen Gebrauchs keineswegs notwendig die Zueignungsabsicht in sich schliesst. Wohl aber kann der Gebrauch, wenn er längere Zeit hindurch fortgesetzt ist, ein hinreichendes Indiz für die schon vollzogene Zueignung sein[1]). Ausserdem ist denkbar, dass der Gebrauchende durch die offene Art des Gebrauchs den Eigentümer in Unkenntnis über sein Eigentum zu halten beabsichtigt; dann kann sehr wohl Zueignung angenommen werden; diese bethätigt sich hier aber weniger im Gebrauch als in der Täuschung.

An den Gebrauch schliesst sich die Veräusserung an, die Verwertung einer Sache in ihrer Eigenschaft als Objekt des wirtschaftlichen Verkehrs. Die Veräusserung und zwar schon das ernstliche Veräusserungsangebot[2]) erfüllt regelmässig die Voraussetzungen der Zueignungshandlung; denn aus der Bedeutung der Veräusserung ergibt sich die zweifellose Absicht des Veräusserers, die Sache dem Eigentümer endgiltig zu entziehen und über dieselbe ihrer Substanz nach zu eigenem Nutzen zu verfügen, als die Zueignungsabsicht in ihrer reinsten Form. Dies kann sich nur dann ändern, wenn der Veräusserung eine Nebenverabredung hinzutritt, durch welche sich der Veräusserer das Recht vorbehält, die Sache wieder an sich zu bringen[3]). Es sei hier vor allem auf das Reportgeschäft hingewiesen, in welchem kaum immer eine Zueignung erblickt werden kann, bei welchem vielmehr die Verhältnisse analog liegen wie bei der Verpfändung.

---

[1]) Olshausen 246, 13.

[2]) Olshausen 246, 12 c. Anderer Meinung: Rotering a. a. O. S. 571, während Hugo Meyer 638, 643 und Kapff a. a. O. S. 93 die Umstände des einzelnen Falles entscheiden lassen, unter Umständen nur Versuch der Zueignung annehmen wollen.

[3]) Olshausen 246, 16; Kapff a. a. O. S. 91.

Diese, welche nach richtiger Auffassung nicht als eine Teilveräusserung, sondern als eine eventuelle Veräusserung zu betrachten ist, hat von jeher mit Rücksicht auf die Frage der Zueignung das Interesse besonders in Anspruch genommen. Auch in der Verpfändung liegt die Ausübung einer wichtigen Eigentumsfunktion; deswegen bedeutet sie aber keineswegs notwendig eine Zueignung[1]); es kann die Absicht des Verpfänders sehr wohl lediglich auf einen widerrechtlichen Gebrauch[2]) gerichtet sein, während er das fremde Eigentum unverletzt lassen will. Die Beantwortung der Frage, ob dem Verpfänder rechtswidrige Zueignung oder nur rechtswidriger Gebrauch zur Last zu legen sei, kann im einzelnen Fall grosse Schwierigkeiten bereiten. Einen Anhaltspunkt ergibt die Rücksichtnahme auf die Willensrichtung des Verpfänders in der Art, ob er bei der Verpfändung den Willen und zwar den festen Willen der Wiedereinlösung hatte oder nicht. Fehlte ihm derselbe, so ist die Zueignung zweifellos zu bejahen. Von einer ernstlichen Wiedereinlösungsabsicht — und nur eine solche vermag auch die eventuelle Zueignungsabsicht auszuschliessen — kann aber nur dann eine Rede sein, wenn der Verpfänder die Absicht auf die sichere Ueberzeugung stützt, zur Wiedereinlösung rechtzeitig im stande zu sein[3]), also die Mittel dazu zur Verfügung zu haben oder wenigstens rechtzeitig aufbringen zu können. Die Ernstlichkeit der Einlösungsabsicht von der wohlbegründeten Ueberzeugung[4]) oder von der

---

[1]) R. G. 2, 25—27; 26, 232. A. M. Oppenhoff 246, 34, der in der Verpfändung ebenso wie in der Veräusserung unter Vorbehalt der Wiedererwerbung (§ 246, 33) unter allen Umständen einen Zueignungsakt erblickt.

[2]) welcher ja im geltenden Recht regelmässig straflos bleibt (vergl. aber § 9 des Depotgesetzes vom 5. VII. 96).

[3]) Olshausen 246, 15; Rotering a. a. O. 562.

[4]) Kapff a. a. O. 90 f.

gegründeten Aussicht[1]) des Vermögens zur rechtzeitigen Realisierung abhängig zu machen, empfiehlt sich um deswillen nicht, weil es bei der Beurteilung einer Absicht richtiger sein dürfte, einen subjektiven als einen objektiven Massstab anzuwenden[2]).

Entscheidend für die Frage der Einlösungsabsicht ist, was besonders zu betonen ist, einzig und allein der Zeitpunkt der Verpfändung. Nachträglich eintretendes Unvermögen zur Einlösung kann die Ernstlichkeit derselben nicht in Zweifel ziehen. Wohl aber kann der Verpfänder, wenn er nachträglich die Einlösungsabsicht aufgibt, nach den Ausführungen über die Möglichkeit einer Unterschlagung seitens eines mittelbaren Fremdbesitzers sich einer Zueignung insofern schuldig machen, als er den Pfandverkauf trotz zureichender Mittel vornehmen lässt.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung, welche nur der Wiedereinlösungsabsicht die Bedeutung beimisst, der Verpfändung den Charakter einer Zueignung entziehen zu können, wird auch zuweilen der Möglichkeit einer Wiedereinlösung durch den Eigentümer diese Bedeutung beigelegt[3]). Diese Ansicht hat jene andere zur Grundlage, wonach zur Vollendung der Zueignung wirklich erfolgte Ausschliessung der Willensherrschaft des Eigentümers erforderlich sei, und muss daher mit dieser abgelehnt werden.

Als weitere Formen, in denen die Zueignung auftreten kann, kommen das Verheimlichen und Bei-

[1]) v. Liszt 416.

[2]) Die Befürchtung, es sei dem Thäter damit erleichtert, sich Straflosigkeit zususichern, kann insofern nicht in Betracht kommen, als ja nichts im Wege steht, trotz Nachweises der ernstlichen Einlösungsabsicht aus anderen Umständen Zueignung als gegeben zu erachten.

[3]) Rotering a. a. O. 562 f.

beiseiteschaffen in Betracht[1]). Massgebend ist bei diesen Handlungen, was aber wohl meistens der Fall sein wird, dass der Thäter durch sie bezweckt, die Sache den Blicken des Eigentümers zu entziehen, um so in ihren ungestörten Besitz oder Genuss zu kommen, bezw. darin zu verbleiben. Aber auch diese Handlungen müssen nicht notwendig Zueignungsakte darstellen, lassen sich ihnen doch auch andere Zwecke unterstellen, so der Zweck, an der Sache ein Unterpfand zu haben. Den wichtigsten Fall der Verheimlichung stellt die Ableugnung des Besitzes gegenüber dem Eigentümer oder einer Person, welche zur Vertretung der Interessen desselben berufen ist, dar[2]). Aber auch schon in der Nichtanzeige einer gefundenen Sache kann unter Umständen eine Zueignung erblickt werden[3]).

Angereiht kann hier noch werden die Verweigerung der Herausgabe der Sache an den Berechtigten oder die Erklärung, dieselbe für sich behalten zu wollen[4]).

Eine Eigentümlichkeit weist eine weitere Gruppe von Handlungen auf, welche möglicherweise eine Zueignung bedeuten können; die Verarbeitung, Verbindung, Vermischung, Vermengung sind hier zu nennen[5]). Gemeinsam ist ihnen, dass der Thäter hier unter Umständen Eigentum erwirbt, so regelmässig der Verarbeiter an der verarbeiteten Sache, so aber auch der Eigentümer einer Sache, der mit dieser eine andere

---

[1]) Rotering a. a. O. 537.

[2]) Olshausen 246, 12 b.; Rotering a. a. O. 566 f.

[3]) Olshausen 246, 17; Rotering a. a. O. 569; A. M. Oppenhoff 246, 37 für den Fall, dass der Finder schon bei der Besitzergreifung die Zueignungsabsicht hatte, da die Gewahrsamsbegründung der Zueignung vorausgehen müsse. (Vergl. dagegen v. Liszt S. 430.)

[4]) Olshausen 246, 12 b.

[5]) Rotering S. 530.

verbindet, vermischt, vermengt, falls letztere zur ersteren im Verhältnisse der Nebensache zur Hauptsache steht[1]). Dieser Eigentumserwerb tritt aber nicht auf Grund der hierauf gerichteten Absicht ein, sondern knüpft sich ohne Rücksicht darauf, ob gewollt oder nicht gewollt, kraft positiver Bestimmung des Rechts an den thatsächlichen Vorgang. Mit der Feststellung des Eigentumsübergangs ist daher noch keineswegs die Frage gelöst, ob eine den Thatbestand der Unterschlagung erfüllende Zueignung vorliegt; diese bedarf vielmehr wie sonst einer besonderen Prüfung mit Rücksicht auf eine in diesen Handlungen sich etwa manifestierende Zueignungsabsicht.

Im Vorstehenden wurden gelegentlich schon Fälle berührt, in welchen eine blosse Unterlassung, nämlich die Unterlassung der Wiedereinlösung einer verpfändeten Sache, die Unterlassung der Anzeige eines gemachten Fundes, unter Umständen den Erfordernissen einer Zueignungshandlung genügt. Und wie hier so kann auch in anderen Fällen im Unterlassen eine konkludente Zueignung gefunden werden. Die Voraussetzung, unter welcher das Unterlassen diesen Charakter haben kann, welche auch bei den angeführten Fällen klar hervortritt, ist die gesetzlich auferlegte oder aus einem vorausgegangenen Thun entspringende Rechtspflicht zum Handeln, deren Verletzung das Unterlassen als rechtswidrig erscheinen lässt und unter Umständen als unzweideutige Manifestierung der Zueignungsabsicht betrachtet werden muss[2]).

Das Gesetz hat in den Thatbestand der Unterschlagung etwas an sich Selbstverständliches aufgenommen, wenn es Rechtswidrigkeit der Zueignung fordert. Damit entfällt aber für die Unterschlagung die

[1]) Vergl. §§ 946—950 B. G. B.

[2]) Rotering S. 568 ff.; Hugo Meyer S. 641. Vergl. v. Liszt S. 112 f.

Streitfrage, ob die Schuld des Thäters auch die Rechtswidrigkeit seiner Handlung mit umfassen müsse: denn da dieselbe hier als besonderes Thatbestandsmerkmal auftritt, muss sich die Schuld auf sie wie auf jedes andere besondere Thatbestandsmerkmal beziehen.

Das Wesen der Zueignung, wie wir es im Vorstehenden kennen gelernt haben, schliesst, obwohl ihm allerdings die Absichtlichkeit des Handelns mit logischer Notwendigkeit zu entnehmen ist, die Möglichkeit einer fahrlässigen Unterschlagung an sich nicht aus, wie Kapff annimmt[1]). Vorsätzliche Begehung erfordert ja Bewusstsein sämtlicher Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören[2]), also Bewusstsein sämtlicher Begriffsmerkmale, ist daher bei fahrlässiger Unkenntniss eines derselben zu verneinen, während hier fahrlässige Begehung gegeben ist. Aber das Gesetz lässt die fahrlässige Begehung der Unterschlagung unerwähnt und erkennt ihr damit stillschweigend Straflosigkeit zu, da die fahrlässige Begehung einer strafbaren Handlung nur dann strafbar ist, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich bestimmt, oder es sich aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmungen ergibt[3]).

Als Thatumstand, welcher zum gesetzlichen Thatbestand gehört, dessen Nichtkenntnis somit nach § 59 St.-G.-B. den Vorsatz des Thäters ausschliessen würde, kann nun die Eigenschaft der Beweglichkeit des Objekts ebenso wenig wie der Gewahrsam des Thäters in Betracht kommen, da beide Momente für den Begriff der Unterschlagung unwesentlich sind[4]). Der Vorsatz des Thäters bei der Unterschlagung ist daher zu bestimmen

---

[1]) Kapff S. 100. Mit dem Text übereinstimmend Hugo Meyer S. 641.
[2]) v. Liszt S. 152.
[3]) v. Liszt S. 164.
[4]) Rotering 575.

als das Bewusstsein, eine in fremdem Eigentum stehende Sache vor sich zu haben, dieses fremde Eigentum durch seine Handlung zu negieren und über die Sache als eigene, als Bestandteil des eigenen Vermögens zu verfügen, endlich zu dieser Handlung nicht berechtigt zu sein[1]).

Was speziell den letzten Punkt betrifft, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, so sind die verschiedenartigsten Gründe denkbar, von denen der Thäter bei der Annahme einer Berechtigung zur Zueignung ausgehen kann. Namentlich kommt hier möglicherweise in Betracht, dass er die Zustimmung des Eigentümers voraussetzen zu dürfen glaubt; und hiebei spielt wieder eine besonders wichtige Rolle die ernstliche Ersatzabsicht des Thäters. Durch diese kann, da die Unterschlagung nicht Bereicherungsabsicht[2]) voraussetzt, niemals die Rechtswidrigkeit der Zueignung ausgeschlossen werden ebensowenig, wie die thatsächliche Ersatzleistung wegen der Unerheblichkeit einer Vermögensbeschädigung für den Begriff der Unterschlagung diesen Erfolg haben kann. Wohl aber kann die Ersatzabsicht insofern von Belang sein, als das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und damit eine Unterschlagung überhaupt zu verneinen ist, wenn der Thäter die ernstliche Ersatzabsicht hatte und mit ihr die sichere Annahme verband, das Interesse des Eigentümers könne durch die Ersatzleistung vollständig gedeckt, auf seine

---

[1]) Aehnlich Binding, Normen II S. 540: der bewusste Wille, sich widerrechtlich d. h. ohne Einwilligung des Eigentümers und ohne sonstigen Rechtsgrund eine fremde Sache anzueignen. Hugo Meyer S. 641 verlangt ausserdem zum Vorsatz das Bewusstsein, dass sich die Sache im eigenen Gewahrsam des Thäters, bezw. nicht im Gewahrsam eines anderen befinde.

[2]) Vergl. oben S. 4 f.

Zustimmung dürfe daher zweifellos gerechnet werden[1]). Dabei ist aber darauf hinzuweisen, dass die Ersatzabsicht nicht als eine ernstliche erachtet werden kann, wenn sie sich nicht mit der festen Ueberzeugung des Thäters verbindet, zur Verwirklichung derselben auch thatsächlich im stande zu sein, und dass der Thäter, wenn seine Vermögensverhältnisse nur einigermassen prekär sind, sich sagen muss, die Zustimmung des Eigentümers könne keineswegs als feststehend angenommen werden[2]).

Die Vollendung der Unterschlagung ist nach den obigen Ausführungen über das Wesen der Zueignung, welche wirkliche Entsetzung des Eigentümers als nicht erforderlich ergaben, mit der äusserlich erkennbaren Bethätigung der Zueignungsabsicht gegeben. Bei dieser Auffassung ist das Gebiet des Versuchs sehr eingeengt, wie auch für die Beihilfe nur wenig Raum gelassen ist.

Die Unterschlagung stellt sich als ein Vergehen dar mit dem regelmässigen Strafrahmen von 1 Tag bis zu 3 Jahren, im Falle gleichzeitiger Verletzung einer Vertrauensstellung, d. h. im Falle der Unterschlagung einer anvertrauten Sache mit einem erweiterten Strafrahmen von 1 Tag bis zu 5 Jahren Gefängnis. Anvertraut ist eine Sache, wenn sie unter der gleichzeitigen Verpflichtung zur Aushändigung an den Eigentümer oder einen Dritten übergeben ist, aber auch dann, wenn diese Verpflichtung erst nach der Uebergabe übernommen ist, also zu dem schon bestehenden Gewahrsam hinzutritt[3]). In beiden Fällen ist bei Vorliegen mildernder

---

[1]) Olshausen 246, 20; Kapff S. 107.

[2]) R G 5, 304 nimmt sogar an, dass der Thäter die Genehmigung seiner Zueignungshandlung durch den Eigentümer ernstlich vorauszusetzen nur dann in der Lage sei, wenn für ihn die Möglichkeit sofortiger Ersatzleistung feststehe. — Ebenso R G 7, 351 u. 352.

[3]) Hugo Meyer S. 643 f.

Umstände statt der Gefängnisstrafe Geldstrafe von drei Mark bis zu neunhundert Mark zugelassen (§ 246 Abs. 2). Andererseits kann neben der Gefängnisstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. (§ 248).

Der Versuch, also auch die Beihilfe (§ 49 Abs. 2) ist unter Strafe gestellt (§ 246 Abs. 3).

Von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen, bleibt die Unterschlagung straflos. Im Allgemeinen von einem Antrag unabhängig, tritt die Verfolgung ausnahmsweise nur auf Antrag ein, dessen Rücknahme überdies zulässig ist, zunächst bei jeder Unterschlagung, bei welcher der Verletzte[1]) ein Angehöriger, Vormund oder Erzieher des Thäters ist, ausserdem aber auch wenn die Unterschlagung gegen eine Person begangen wird, zu welcher der Thäter im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er sich als Gesinde befindet, in diesem Falle jedoch nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der Gegenstand der Unterschlagung eine Sache von unbedeutendem Wert ist. Teilnehmer und Begünstiger der vorbezeichneten Personen, welche nicht selbst in einem der genannten Verhältnisse stehen, unterliegen den allgemeinen Bestimmungen des § 246 (§ 247 Abs. 1—3).

§ 3.

Wertpapiere als Objekte der Unterschlagung.

Unter den Objekten der Unterschlagung nehmen neben dem baren Geld die Wertpapiere einen hervorragenden Platz ein. Es bedarf wohl kaum eines Hinweises auf die enorme Bedeutung der Wertpapiere im heutigen Wirtschaftsleben, auf die ungeheuren Mengen,

[1]) d. i. stets der Eigentümer; Olshausen 247, 3 b; v. Liszt S. 431.

die heute im Umlaufe sind, und das gewaltige Kapital, welches sie darstellen. Und zugleich sind die Wertpapiere mehr als andere Objekte der Unterschlagung, dem verbrecherischen Zugriff ausgesetzt, da ihre Eigenschaften, die leichte Circulationsfähigkeit, die Vertretbarkeit, die ihnen grossenteils zukommen, geradezu zu rechtswidriger Zueignung verlocken. Andererseits weisen die Rechtsverhältnisse an Wertpapieren manch eigenartige Seiten auf, welche auch bei der Frage der Unterschlagung Berücksichtigung verdienen.

All dies rechtfertigt wohl einige Erörterungen über die besonderen Fragen, welche sich bezüglich der Unterschlagung von Wertpapieren gegenüber den allgemeinen Grundsätzen über die Unterschlagung aufwerfen.

Da ist natürlich zunächst der Begriff des Wertpapiers festzustellen. Lange Zeit war derselbe ein höchst schwankender, und erst neuestens hat er eine gewisse Klärung erfahren. Nach Brunner, dem ja in dieser Frage das Hauptverdienst zukommt, sind Wertpapiere Urkunden, in welchen ein Privatrecht und zwar ein wirtschaftlich wertiges Privatrecht verbrieft ist, so zwar, dass die Inhabung der Urkunde privatrechtliche Voraussetzung für die Verwertung (die Ausübung oder Uebertragung) des verbrieften Rechts bildet[1]).

Aus dieser Definition ergibt sich das eigenartige Wesen der Wertpapiere, welches in der engen Verbindung einer Sache, der Urkunde, mit einem Recht, nämlich mit dem in der Urkunde verbrieften Privatrechte zu erblicken ist, und zwar kann dieses Privatrecht ein Sachen-, ein Forderungs- oder ein Mitgliedschaftsrecht

[1]) Brunner bei Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 2. Band, 144 ff. Vergl. auch Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Band, S. 333.

sein. Die Urkunde erhält ihren Wert lediglich durch das verbriefte Recht, und dieses ist in ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis zur Urkunde gesetzt, dass es die Schicksale derselben teilt. Das Recht steht grundsätzlich nur demjenigen zu, dem auch die Urkunde zusteht, und kann grundsätzlich nur von demjenigen verwertet werden, der die Urkunde in seiner Inhabung hat. Die Urkunde steht aber demjenigen zu, der das Eigentum an ihr hat.

Als Urkunde ist das Wertpapier Gegenstand des Eigentums und daher auch möglicher Gegenstand einer Unterschlagung. Aber es geht nicht völlig im Begriff der körperlichen Sache auf und unterliegt daher gewissen besonderen Rechtssätzen, welche den für Sachen massgebenden Bestimmungen hinsichtlich des Wertpapiers nur beschränkte Anwendung gestatten. Dies hat für die Frage der Unterschlagung von Wertpapieren insofern Bedeutung, als auch die Eigentumsverhältnisse an Wertpapieren zum Teil in besonderer, von den für Sachen geltenden allgemeinen Grundsätzen abweichender Weise normiert sind[1]). Das Eigentum an Inhaberpapieren folgt allerdings den gewöhnlichen sachenrechtlichen Regeln. Der Eigentumsübergang bei Rektapapieren vollzieht sich dagegen rein nach obligationsrechtlichen Grundsätzen, indem die nach eben diesen obligationsrechtlichen Normen erfolgende Uebertragung des Rechts unmittelbar auch den Uebergang des Eigentums am Papier bewirkt. Was endlich das Orderpapier anlangt, so finden für den Erwerb des Eigentums an diesem zwar die Sätze des Sachenrechts Anwendung, aber ihre Anwendbarkeit greift erst Platz, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, wenn nämlich entweder das Papier mit einem Indossament auf den Erwerber, bezw. mit

[1]) Vergl. Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Band, 333 ff.

einem Blankoindossament versehen ist, oder eine giltige Cession des verbrieften Rechts stattgefunden hat.

Wichtiger als der bisher behandelte ist ein anderer Punkt. Durch ihre Verbriefung in einem Wertpapiere werden Rechte, an denen an und für sich eine Unterschlagung unmöglich ist, gewissermassen mittelbar zu einem tauglichen Gegenstande derselben. Da das verbriefte Recht an die Urkunde gebunden ist, so liegt in der Zueignung des Wertpapiers gleichzeitig eine „Zueignung“[1]) des Rechts: ja man kann sagen, dass bei der Unterschlagung eines Wertpapiers die Zueignungsabsicht des Thäters sich weniger auf die Urkunde als solche denn auf das verbriefte Recht richten wird. Denn wenn auch die den Thatbestand der Unterschlagung erfüllende Zueignung den verschiedensten Motiven entspringen und den verschiedensten Zwecken dienen kann, in den meisten Fällen wird ihr die Absicht der wirtschaftlichen Verwertung zu Grunde liegen. Häufig wird dementsprechend auch die Zueignung in einer Form der wirtschaftlichen Verwertung der Sache vor sich gehen. Nun ruht der wirtschaftliche Wert des Wertpapiers in dem verbrieften Privatrecht, dessen Verwertung, d. i. Ausübung und Uebertragung daher die charakteristischen Formen der Zueignung von Wertpapieren bildet.

Was die Uebertragung des Rechts betrifft, so fällt diese ja mit der Uebertragung des Papiers zusammen. Für diese Fälle bedarf es daher keiner besonderen Erörterungen: die Zueignungshandlung tritt hier in ihrer Beziehung zum Wertpapier offensichtlich zur Erscheinung. Wir begegnen hier wieder den oben behandelten Formen

[1]) Dabei ist allerdings Zueignung in einem weiteren, über seine eigentliche Bedeutung hinausgreifenden Sinne genommen.

der Veräusserung und der Verpfändung, auf welche das oben[1]) Bemerkte ohne weiteres Anwendung findet.

Als Form der Zueignung, welche der Unterschlagung von Wertpapieren eigentümlich ist, verbleibt daher die Ausübung des verbrieften Rechts. Unter welchen Voraussetzungen erfüllt nun diese Handlung die Erfordernisse einer Zueignung? Einfach liegt die Sache, wenn bei Forderungspapieren, bei einem Hypotheken- oder Grundschuldbrief die Leistung des aus dem Papier Verpflichteten Zug um Zug gegen Rückgabe des Papiers erfolgt; denn hier handelt es sich ja zugleich um eine Verfügung über das Papier, in welcher eine unzweideutige Bethätigung der Zueignungsabsicht liegt, vorausgesetzt natürlich, dass der Thäter das Recht in eigenem Namen und für eigene Rechnung ausübt. Aber man darf bei diesem Falle nicht stehen bleiben. Materiell ist die Sachlage offenbar genau die gleiche, wenn der Papierinhaber die volle Leistung widerrechtlich entgegennimmt, aber aus irgend welchen Gründen das Papier zurückbehält. Mag er auch beabsichtigen, das nun vollständig entwertete Papier dem Eigentümer desselben auszuhändigen, und dieses Vorhaben auch zur Ausführung bringen, in seinem Handeln liegt doch ohne Zweifel eine Zueignung. Rotering[2]) vergleicht ganz zutreffend diesen Fall mit dem, da ein Diener die Kleider seines Herrn vollständig abträgt und dann in diesem entwerteten Zustand ihm zurückstellt. Nun ergibt sich aber sofort eine weitere Möglichkeit, die nämlich dass der Inhaber des Papiers das verbriefte Recht nur teilweise ausübt; er erhebt z. B. nur einen Teil eines fremden Sparkassenguthabens und gibt das Sparkassebuch hierauf dem Eigentümer zurück. Es fragt sich, ob man auch

[1]) Seite 26 ff.

[2]) Rotering a. a. O. S. 535.

in einer solch teilweisen Ausübung des Rechts eine Zueignung des Wertpapiers zu erblicken hat, oder ob lediglich ein widerrechtlicher Gebrauch desselben anzunehmen ist. Letzteres ist unzweifelhaft der Fall, wenn es sich ausschliesslich um die Erhebung von Zinsen, Gewinnanteilen oder ähnlichen Nebenleistungen handelt, die allerdings hier nur insoweit in Betracht kommt, als sie nicht auf Grund besonderer Urkunden, Zins-, Gewinnanteilscheine erfolgt. Ebenso ist regelmässig noch keine Zueignung darin zu erblicken, dass ein Nichtberechtigter fremde Corporationspapiere benützt, um auf Grund derselben Mitgliedschaftsrechte auszuüben. Ein blosses widerrechtliches Gebrauchen wird aber auch meist dann noch anzunehmen sein, wenn der Teil der Hauptleistung, welchen der Papierinhaber in sein Vermögen bringt, ein verhältnismässig geringfügiger ist. Dagegen ist eine Bethätigung der Zueignungsabsicht regelmässig als gegeben zu erachten, wenn der Rest der Leistung, welchen der Papiereigentümer vom Schuldner noch zu fordern hätte, ein so unbedeutender ist, dass begründete Aussicht besteht, er werde auf die Geltendmachung dieses Anspruchs verzichten, und wenn der Thäter offensichtlich diese Möglichkeit als naheliegend vorausgesehen und gebilligt hat[1]).

Es sei noch darauf hingewiesen, dass in allen diesen Fällen mit der Unterschlagung Betrug in Idealkonkurrenz stehen, bezw. soweit Unterschlagung zu verneinen ist, wenigstens Betrug vorliegen kann, weiter dass unter Umständen, falls nämlich die Voraussetzungen der Untreue gegeben sind, auch Bestrafung aus § 266 Abs. 1, Ziff. 2 möglich ist, endlich dass von der Unterschlagung des Wertpapieres diejenige der erhobenen Leistung zu unterscheiden ist, welche aber an die Voraussetzung

[1]) Rotering a. a. O. 535 f. Vergl. auch Kapff 87 f.

geknüpft ist, dass der Papierinhaber als Bevollmächtigter des Papiereigentümers aufgetreten ist und damit unmittelbar diesem das Eigentum an den geleisteten Sachen erworben hat.

Bei der Behandlung der Unterschlagung von Wertpapieren hat man sich aber vor allem mit einer wichtigen Frage abzufinden, die allerdings nicht ausschliesslich an dieser Stelle ihren Platz hat, und die auch nicht für die Wertpapiere in ihrer Gesamtheit, sondern nur für gewisse Arten derselben, allerdings für einen nicht unbeträchtlichen Teil, Interesse beansprucht. Es ist die Frage nach der Möglichkeit der Unterschlagung an vertretbaren Sachen[1]). Geld und Wertpapiere sind die wichtigsten Arten der vertretbaren Sachen, und es ergibt sich die Bedeutung der aufgeworfenen Frage ohne weiteres aus der Bedeutung der genannten Gegenstände im heutigen Wirtschaftsleben, zumal wenn man bedenkt, dass, falls die Möglichkeit einer Unterschlagung hier abgelehnt werden muss, der Schutz des Strafrechts gegenüber Handlungen in der Hauptsache versagt, welche unbestrittenermassen Angriffe gegen hervorragend schutzwürdige und schutzbedürftige Interessen darstellen[2]). Was die Wertpapiere anlangt, so steht ihre Vertretbarkeit, auch soweit es sich um Wertpapiere desselben Typus handelt, mit Rücksicht auf die beigesetzten Nummern, auf eine etwaige Verlosung u. s. w. keineswegs ausser Zweifel. Indessen werden Wertpapiere desselben Typus im Verkehre nach allgemeiner Uebung als vertretbare Sachen behandelt, und diesem

[1]) Vergl. hierüber besonders auch Hälschner in Goltdammer's Archiv 15. Band, S. 9 ff. Olshausen 246, 14; Hugo Meyer S. 635 f. Speziell für Geld Lindenau a. a. O. S. 35 ff.

[2]) Es bliebe wieder als alleiniges Aushilfsmittel die Bestimmung des § 266 Abs. 2 Ziff. 2 (vergl. übrigens hierüber Lindenau a. a, O. S, 16 ff.).

ist ja in dieser Frage das entscheidende Wort zu belassen[1]). Selbstverständlich scheiden aber Wertpapiere aus, bei welchen die Vertretbarkeit durch wesentliche Unterscheidungsmerkmale ausgeschlossen ist.

Die Bedeutung der Vertretbarkeit besteht im Allgemeinen darin, dass eine Sache, der diese Eigenschaft zukommt, im Verkehr regelmässig nicht als Individuum mit Berücksichtigung individueller Merkmale, sondern lediglich als Stück der Gattung behandelt zu werden pflegt. Wer vertretbare Sachen zu fordern hat, beansprucht demgemäss grundsätzlich nur eine nach Zahl, Mass, Gewicht bestimmte Menge von Sachen einer gewissen Gattung, und wenn er solche Sachen hingibt mit der Verpflichtung zur Aushändigung an ihn oder einen Dritten, geht seine Absicht auch in der Regel nicht auf Aushändigung der individuellen Stücke, sondern von tantundem eiusdem generis. Wenn dies aber der Fall ist, so ist dem Willen des Eigentümers eine Ermächtigung des Empfängers zur Zueignung der übergebenen Stücke zu entnehmen. Damit ersieht man sofort die Bedeutung, welche die Eigenschaft der Vertretbarkeit für die Frage der Möglichkeit einer Unterschlagung gewinnt, indem eine Unterschlagung ja stets ausgeschlossen ist, wenn eine Berechtigung zur Zueignung besteht. Nun ist aber zu beachten, dass die regelmässige Behandlung im Verkehr keineswegs den Schluss rechtfertigt, dass dieselbe auch im einzelnen konkreten Falle notwendig gewollt sei. Die Vertretbarkeit kann als eine Eigenschaft, welche gewissen Sachen auf Grund der verkehrsüblichen Anschauung beigelegt wird, ihre Stütze lediglich in dem mutmasslichen Willen

---

[1]) Vergl. auch die Definition im B. G. B. § 91; Schweyer, Bankdepotgeschäfte S. 82.

der Beteiligten finden[1]). Wie eine Sache, welcher der Regel nach die Eigenschaft der Vertretbarkeit fehlt, im einzelnen Falle nach dem Willen der Beteiligten als vertretbare behandelt werden kann, ebenso gut ist es möglich, dass die einer Sache im Verkehre gewöhnlich beigelegte Eigenschaft der Vertretbarkeit ihr durch den entgegenstehenden Willen der Beteiligten entzogen wird; denn soweit eine bestimmte Absicht festgestellt werden kann, ist für die Vermutung kein Raum. Massgebend ist also für die Frage, ob eine Sache im einzelnen Falle als vertretbare behandelt werden soll, lediglich der für diesen konkreten Fall zu ermittelnde Wille der Beteiligten, welcher eben, falls eine ausdrückliche oder stillschweigende Aeusserung nicht vorliegt, als mit der verkehrsüblichen Behandlung in Einklang befindlich anzunehmen und dem entsprechend festzustellen ist.

Soweit nun einer Sache, welche ein Nichteigentümer in seinen Gewahrsam überkommen hat, in concreto die Eigenschaft der Vertretbarkeit zukommt, ist eine Unterschlagung, eine rechtswidrige Zueignung ausgeschlossen; der Gewahrsamsinhaber handelt rechtmässig, wenn er sich die Sache zueignet[2]). Indessen ist für diesen speziellen Fall, der uns ja an dieser Stelle allein interessiert, aus den vorerwähnten allgemeinen Gesichtspunkten ein wichtiger Folgesatz abzuleiten, der eine besondere Bedeutung beansprucht. Wie oben dargethan, kann einer an sich vertretbaren Sache durch den Willen der Beteiligten diese Eigenschaft jederzeit entzogen werden; und zwar bedarf es dazu nicht einer ausdrücklichen Willensäusserung; der entsprechende Wille kann sich auch aus konkludenten Handlungen ergeben, ja noch

[1]) Vergl. Kapff a. a. Ort S. 98: Es entscheidet überall in 1. Linie nicht die objektive Natur der Sache, sondern der ausdrücklich erklärte oder zu vermutende Wille der Contrahenten.

[2]) Berner S. 555.

mehr, möglicherweise können wichtige Umstände dazu nötigen, diesen Willen als feststehend anzunehmen. Diese letztere Möglichkeit spielt nun auch in dem erwähnten speziellen Falle, mit dem wir uns hier beschäftigen, eine Rolle und führt zur Aufstellung eines wichtigen Grundsatzes. Der Gewahrsamsinhaber hat, mag ihm der Gewahrsam vom Eigentümer anvertraut oder auf sonstige Weise zu teil worden sein, in jedem Falle die Pflicht, das Interesse des Eigentümers zu wahren. Dieses Interesse des Eigentümers besteht nun wesentlich darin, gegen einen Verlust von Werten gesichert zu sein. Sein hierauf gerichteter Wille kann schlechterdings nicht bezweifelt werden. Nun wird zweifellos die Lage des Eigentümers eine ungünstigere, wenn er, wie dies bei vertretbaren Sachen ja die Regel bildet, sein Eigentum an den Gewahrsamsinhaber verliert, indem dieser sich eine vertretbare Sache zuzueignen berechtigt ist, und dafür nur ein Forderungsrecht auf Ersatz, bei vertretbaren Sachen auf tantundem eiusdem generis gewinnt; ist er doch hier von den schwankenden wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners abhängig, während sein Eigentum von diesen unberührt bliebe. Diese Misslichkeit, welche mit der Umwandlung des Eigentumsanspruchs in ein blosses Forderungsrecht verknüpft ist, hat dann keine praktische Bedeutung, die Umwandlung ist daher dann dem Willen des Eigentümers nicht als widerstreitend zu erachten, wenn die Vermögensverhältnisse des Gewahrsamsinhabers das Forderungsrecht als gesichert erscheinen lassen. Anders dann, wenn der Gewahrsamsinhaber auf Grund seiner Vermögenslage begründeten Zweifel hegen muss, rechtzeitig zur Erstattung von tantundem eiusdem generis im stande zu sein. Hier ist die Annahme regelmässig unabweisbar, es seien nach seinem Willen die an sich vertretbaren Sachen in

concreto als unvertretbare zu behandeln, also in specie aufzubewahren und zu erstatten. Diese Sachlage ersetzt sodann eine ausdrückliche Willenskundgebung des Eigentümers über den Ausschluss der Vertretbarkeit, begründet also die (objektive) Rechtswidrigkeit einer etwaigen Zueignung[1]). Dabei ist ausdrücklich hervorzuheben, dass eben mit Rücksicht darauf, dass hier nur die objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung in Frage steht, eine rein objektive Prüfung der Vermögensverhältnisse des Gewahrsamsinhabers am Platze ist. Ob nicht etwa mangels Bewusstseins der Rechtswidrigkeit eine Unterschlagung zu verneinen ist, ist eine andere Frage, die erst in zweiter Linie Berücksichtigung verdient, und für welche die oben in § 2[2]) aufgestellten allgemeinen Gesichtspunkte massgebend sind.

Die Frage der Behandlung der vertretbaren Sachen compliziert sich nun noch dadurch, dass sie sich nicht darin erschöpft, ob einer regelmässig als vertretbar behandelten Sache im Einzelfall diese Eigenschaft zukommen soll oder nicht. Zwischen diesen beiden Extremen besteht vielmehr eine Reihe von Möglichkeiten, welche dem Gewahrsamsinhaber ein Recht zur Zueignung nur beschränkt oder gar nicht einräumen, ihm vielmehr nur in anderen Beziehungen eine freiere Stellung gewähren. Da ist ein wichtiger Fall der, dass einer Sache die ihr gewöhnlich beiwohnende Eigenschaft der Vertretbarkeit nicht unbedingt, sondern nur unter der Bedingung belassen ist, dass der Gewahrsamsinhaber jeder Zeit Sachen derselben Art und in gleichem Betrage in Bereitschaft hält, so dass sich also seine Zueignungsbefugnis im Grunde nur als ein Umwechselrecht

[1]) Lindenau a. a. O. S. 35 f. (speziell mit Bezug auf das bare Geld).
[2]) Seite 32 f.

darstellt[1]). Diese Sachlage kann übrigens auch nicht nur auf Grund ausdrücklicher Verabredung geschaffen werden, sondern auch aus den Umständen, aus dem Verhältnis zwischen den Beteiligten sich ergeben, demzufolge die in Gewahrsam genommenen Sachen oder der in gleichartigen Sachen zu leistende Ersatz jederzeit gefordert werden können. Eine andere Möglichkeit ist darin gegeben, dass der Gewahrsamsinhaber etwa bloss berechtigt sein soll, die gleichartigen Sachen verschiedener Eigentümer in ihrem Verhältnis zu einander als vertretbare zu behandeln, also sie zu vermischen und jedem Berechtigten aus der Gesamtmasse einen entsprechenden Teil zu erstatten, während ihm ein Recht, dieselben sich zuzueignen, nicht zustehen soll[2]).

Von einer Unterschlagung vertretbarer Sachen kann nach dem, was im Vorstehenden ausgeführt wurde, nur insoweit die Rede sein, als eine Sache, der regelmässig die Eigenschaft der Vertretbarkeit zukommt, im konkreten Fall ausnahmsweise als unvertretbare behandelt werden soll[3]). Obwohl entzogen, äussert die Eigenschaft der Vertretbarkeit doch auch hier eine Wirkung insofern, als der Gewahrsamsinhaber mit Rücksicht auf dieselbe leichter als sonst zu der Annahme gelangen kann, der Eigentümer werde mit der Zueignung doch einverstanden sein, falls er nur vollen Ersatz erhalte; und dieser Ersatz erscheint ja gerade hier in der Leistung einer gleichen Menge gleichartiger Sachen besonders einfach durchführbar[4]).

---

[1]) Hugo Meyer S. 635 f.; Olshausen § 246, 14; Oppenhoff 246, 7 erblickt in diesem Fall sogar den Regelfall.

[2]) Schweyer, Bankdepotgeschäfte, S. 84.

[3]) Hugo Meyer S. 635.

[4]) Hälschner a. a. O. S. 12.

§ 4.

Die strafbaren Handlungen der §§ 11 und 12, Abs. 2, Ziff. 2. des Depotgesetzes.

Wie schon erwähnt, hat das Reichsstrafgesetzbuch als erschwerendes Moment bei der Unterschlagung den Umstand aufgenommen, dass der Gegenstand derselben dem Thäter anvertraut war. Welches Rechtsverhältnis diesem Anvertrauen zu Grunde liegt, ist gleichgiltig. Was nun speziell die Wertpapiere anlangt, so spielt bei diesen das Anvertrauen eine hervorragende Rolle. Aus ihrer Natur, derzufolge sie nicht selbst Wertgegenstände, sondern nur Träger von Werten sind, folgt, dass ihre Bestimmung keineswegs in dem fortwährenden Umlaufe im Verkehre besteht, dass vielmehr auch eine wesentliche Eigenschaft derselben darin zu erblicken ist, lediglich zur Anlage des Kapitals zu dienen. Andererseits lässt der in ihnen repräsentierte hohe Geldwert das Bedürfnis hervortreten, sie in sicherer Verwahrung zu haben. So hat frühzeitig die gewerbsmässige Aufbewahrung fremder Wertpapiere, das Depotgeschäft eine hohe Bedeutung gewonnen, und diese ist mit der Entwickelung der Wertpapiere ständig gestiegen, und heute nimmt das Depotgeschäft in seinen verschiedenen Formen im Wirtschaftsleben einen hervorragenden Platz ein. Dieses Depotgeschäft beruht aber mehr als irgend ein anderes auf einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Bankier und seinen Kunden.

Als[1]) nun zu Beginn der 90er Jahre auf Grund umfangreicher Depotveruntreuungen, welche damals

[1]) Vergl. »Begründung zum Entwurfe eines Gesetzes, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere«. Stenogr. Berichte über die Verhandl. d. Reichst., 9. Legislaturperiode, 4. Session 1895/97; 1. Anlageband S. 35 ff.

anlässlich des Zusammenbruchs mehrerer bedeutender Bankgeschäfte aufgedeckt wurden, die allgemeine Aufmerksamkeit auf die Verhältnisse der Banken gelenkt wurde, da erging verschiedenfach die Anregung, die Depotunterschlagung unter Zuchthausstrafe zu stellen. Der Gesetzgeber sah von diesem Schritt ab, obwohl, wie auch in der Begründung zum Entwurfe des Depotgesetzes ausgeführt wird, verschiedene Momente dafür sprechen, vornehmlich die besondere Vertrauenswürdigkeit, die man von einem Kaufmanne zu erwarten pflegt, der berufsmässig Depotgeschäfte macht, sodann aber auch die Gemeingefährlichkeit, welche Depotunterschlagungen, namentlich wenn sie in grösserem Umfange stattfinden, zukommt, indem sie durch Erweckung von Misstrauen im Publikum auf Handel und Wandel lähmend einwirken und das wirtschaftliche Leben ungünstig beeinflussen. Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlassten, von der Bedrohung der Depotunterschlagung mit Zuchthausstrafe abzusehen, waren die Rücksichtnahme auf das bestehende Strafsystem, mit dem eine solche Strafbestimmung nicht im Einklang zu stehen schien, und die Erwägung, dass sonstige Arten der Unterschlagung einen nicht minder grossen Vertrauensbruch darstellen und nicht minder strafwürdig erscheinen als die Depotunterschlagung. Dagegen hielt der Gesetzgeber die Zuchthausstrafe für angezeigt, wenn durch das Hinzutreten des Konkurses des Thäters die Veruntreuungen einen besonders gemeingefährlichen Charakter annähmen. So wurden in das Depotgesetz die §§ 11 und 12 Abs. 2, Ziff. 2 eingestellt, deren Inhalt im Folgenden zur Erörterung steht.

Es dürfte empfehlenswert sein, bei dieser Erörterung die beiden Strafbestimmungen, welche ja im engsten Zusammenhang stehen, nicht neben einander zu behandeln, sondern zuerst § 11 für sich ins Auge zu fassen,

hernach an der Hand der gewonnenen Ergebnisse § 12 Abs. 2, Ziff. 2 mit Rücksicht auf einige hier hervortretende Besonderheiten noch einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

Ueberblickt man den Thatbestand der in § 11 aufgestellten strafbaren Handlung, so tritt schon äusserlich die Beziehung zum allgemeinen Begriffe der Unterschlagung deutlich ins Auge. Da begegnet man wieder der rechtswidrigen Zueignung fremder (Sachen), welche der Zueignende in Gewahrsam genommen hatte, also sämtlichen Momenten, aus welchen sich der Unterschlagungsbegriff zusammensetzt. Bezüglich dieser kann daher auf die früheren Ausführungen verwiesen werden, während es des Weiteren nur Aufgabe ist, die besonderen Merkmale zu untersuchen, welche die strafbare Handlung des § 11 charakterisieren, und auf diese Weise das Anwendungsgebiet zu bestimmen, welches dem § 11 Dep.-Ges. im Rahmen des § 246 St. G. B. zukommt.

Subjekt der Unterschlagung kann jedermann sein; die strafbare Handlung des § 11 Dep.-Ges. kann nur von einem Kaufmann begangen werden. Für den Begriff des »Kaufmanns« sind zweifellos die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs als massgebend zu erachten. Darnach umfasst derselbe alle Personen, welche in eigenem Namen ein Handelsgewerbe betreiben (oder betreiben lassen), also alle Personen, welche eines der in § 1 H. G. B. aufgeführten Handelsgrundgeschäfte gewerbemässig betreiben ohne Rücksicht auf Eintragung oder Nichteintragung der Firma im Handelsregister, weiter aber auch diejenigen, welche ein anderes gewerbliches Unternehmen betreiben unter 2 Voraussetzungen, nämlich dass dasselbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und dass die Firma im Handelsregister ein-

getragen ist[1]). Das Gesetz beschränkt also seine Strafdrohung nicht auf den Kaufmann, der gewerbemässig den Verkehr von Geld und Wertpapieren vermittelt, also auf den Bankier, sondern erklärt jeden Kaufmann als mögliches Subjekt der strafbaren Handlung, jedoch mit einer Einschränkung, welche § 13 Dep.-Ges. enthält; dieser erklärt das Depotgesetz für unanwendbar auf diejenigen Klassen von Kaufleuten, für welche nach Art. 10 des alten Handelsgesetzbuchs, also entsprechend seit dem 1. Januar 1900 nach § 4 des neuen Handelsgesetzbuchs[2]) die Vorschriften über die Handelsbücher keine Geltung haben, somit jetzt auf Handwerker und Kleingewerbetreibende.

Was sodann das Objekt der strafbaren Handlung betrifft, so nennt § 11 Dep.-Ges. im Unterschiede von § 246 St. G. B., welcher allgemein fremde bewegliche Sachen im Besitze oder Gewahrsam des Thäters verlangt, eine besondere Gattung von beweglichen Sachen, nämlich fremde Wertpapiere[3]), und es genügt nicht zur Erfüllung des Thatbestandes, dass dieselben im Gewahrsam des Zueignenden sich befinden, vielmehr fordert § 11 einerseits einen bestimmten Rechtstitel für den Gewahrsam: der Kaufmann muss denselben als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär erlangt haben, und weiter dann eine Beziehung zu dem vom Kaufmann betriebenen Handelsgewerbe: die Gewahrsamsbegründung muss im Betriebe desselben erfolgt sein.

Es muss auffallend erscheinen, dass § 11 im Widerspruch zu sämtlichen anderen Bestimmungen des Depotgesetzes allgemein von Wertpapieren spricht, ohne sich

[1]) §§ 1 und 2 H. G. B.; vergl. auch § 3 über die Besonderheiten bezüglich der Unternehmer von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben.

[2]) Dies ergibt sich aus a 3 E. G. zum H. G. B. vom 10. V. 97.

[3]) Ueber den Begriff s. o. S. 35 f.

auf das in § 1 enthaltene Verzeichnis zu beziehen. Man muss wohl dieser Fassung des § 11 eine bewusste Absicht des Gesetzgebers unterstellen, namentlich mit Rücksicht auf die Fassung des § 9, der auch eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 1 für nötig erachtet. Die Begründung zu dem Entwurfe des Depotgesetzes gibt einen Anhaltspunkt weder für noch gegen diese Auffassung[1]). Man möchte allerdings geneigt sein, jeden inneren Grund in Abrede zu stellen, der eine verschiedene Abgrenzung des Kreises der Objekte in § 9 und 11 rechtfertigen könnte, zumal im übrigen die Verschiedenheiten in der Fassung der beiden Strafbestimmungen als bedeutungslos sich erweisen[2]). Trotzdem muss mit Rücksicht auf den bestimmten Wortlaut daran festgehalten werden, dass mögliches Objekt der strafbaren Handlung des § 11 jedes Wertpapier ohne Unterschied ist[3]). Und dieser Standpunkt lässt sich wohl in gewisser Beziehung mit der Annahme rechtfertigen, dass es sich eben um eine ganz selbständige Bestimmung handelt, die nur äusserlich mit den übrigen Bestimmungen des Depotgesetzes verbunden ist.

Die notwendige Voraussetzung nun dafür, dass die

[1]) Häring, die Strafbestimmungen des sog. Depotgesetzes u. s. w. Tübinger Diss. 1899, beruft sich S. 40, N. 3 darauf, dass die Begründung bei Bezugnahme auf § 11 (12 des Entwurfs) ganz allgemein von Depots und Depotveruntreuungen rede; die gleiche allgemeine Ausdrucksweise findet sich jedoch auch in den auf § 9 bezüglichen Stellen.

[2]) Vergl. besonders in § 9: .... welche er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat, und dazu v. Pechmann, das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere in den Blättern für Rechtsanwendung 62. Jahrgang (1897) S. 276, Häring S. 12.

[3]) v. Pechmann a. a. O. S. 280; Häring a. a. O. S. 40; Honig, die strafrechtlichen Bestimmungen des Bankdepotgesetzes, Erlanger Dissertation 1898, S. 27; A. M. v. Liszt S. 432.

Wertpapiere Gegenstand der strafbaren Handlung des § 11 sein können, ist der Gewahrsam des Zueignenden an ihnen. Dieses Moment entspricht vollständig dem des »Besitzes oder Gewahrsams« im Thatbestande des § 246 St. G. B. Wie hier kann also auch im vorliegenden Falle unter Umständen der mittelbare Besitz den Gewahrsam ersetzen, so dass, das Vorliegen der sonstigen Momente vorausgesetzt, der Anwendung des § 11 Raum gegeben ist, wenn ein Kaufmann Wertpapiere, welche er als Verwahrer u. s. w. in Gewahrsam genommen hat, rechtmässig unter Beobachtung der Anordnungen des § 8 Dep.-Ges. einem Dritten ausantwortet, hernach aber die Zueignungsabsicht fasst und durch Verfügung über die Papiere bethätigt.

Diesen Gewahrsam muss nun — das ist eine weitere Voraussetzung — der Zueignende im Betriebe seines Handelsgewerbes erlangt haben. Es ist zwar keineswegs erforderlich, dass ein Kaufmann, damit seine rechtswidrige Zueignung den Thatbestand des § 11 erfüllen könne, die Uebernahme fremder Wertpapiere in Gewahrsam gewerbemässig betreibe, es genügt auch, wenn er sich nur gelegentlich mit ihr befasst, unbedingtes Erfordernis ist aber, dass sie in den Betrieb seines Handelsgewerbes fällt. Es können daher die Fälle niemals nach § 11 Dep.-Ges. strafbar sein, da ein Kaufmann fremde Wertpapiere sich rechtswidrig zueignet, die er nicht in seiner Kaufmannseigenschaft in Gewahrsam genommen hat. Dabei verdient allerdings die Vermutung in § 344 H. G. B. Berücksichtigung, derzufolge die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig gelten.

Was endlich die Rechtstitel betrifft, welche die Grundlage für den Gewahrsam bilden müssen, so spricht das Gesetz, wie erwähnt, von Verwahrer, Pfandgläubiger,

und Kommissionär. Aus der Zusammenstellung mit den Begriffen des Pfandgläubigers und des Kommissionärs darf wohl der Schluss gezogen werden, dass der Begriff des Verwahrers im technischen Sinn, im Sinne des aus einem Verwahrungsvertrage Verpflichteten zu verstehen ist, also nichts anderes bedeutet als die Wendung in § 9 Dep.-Ges.: Wertpapiere, welche einem Kaufmanne zur Verwahrung übergeben worden sind. Denn eine Pflicht zur Verwahrung — diese im weiteren Sinne genommen — besteht regelmässig auch hinsichtlich des Pfandobjekts und des Kommissionsguts (vergl. § 1215 B. G. B., § 390 H.G.B.). Wie demgemäss Pfandvertrag und Kommissionsgeschäft nicht die Eigenschaft eines Verwahrers im Sinne des § 11 begründen, ebensowenig andere ähnliche Fälle, in denen die Pflicht zur Verwahrung entweder auch als Nebenverpflichtung aus einem Hauptgeschäft, wie aus einem Kaufvertrag (§ 379 H. G. B.), oder aus besonderen Umständen, z. B. aus dem Ansichnehmen einer gefundenen Sache (§ 966 B. G. B.) erwächst. Es ist also der Begriff des Verwahrers dahin zu fixieren, dass ein Gewahrsamsinhaber darunter zu verstehen ist, welcher die Verwahrung durch einen hierauf gerichteten, möglicherweise der Gewahrsamsbegründung nachfolgenden Vertrag, übernommen hat, sei es durch einen selbständigen oder im Anschluss an andere Geschäfte durch einen Nebenvertrag, sei es, dass der Vertrag ausdrücklich geschlossen wurde oder durch stillschweigende Willenseinigung zu stande kam[1]). Gleichgiltig ist, ob es sich um ein offenes oder verschlossenes Depot, um ein reines Verwahrungsdepot oder ein Depot handelt, dessen Verwaltung zugleich dem Verwahrer übertragen ist. Selbst wenn das Depot unter Mitverschluss des Hinterlegers

[1]) v. Pechmann a. a. O. S. 7 (mit Bezug auf § 1 Dep.-Ges.).

aufbewahrt wird, ist mit der gemeinen Meinung[1]) ein Mitgewahrsam des Hinterlegers abzulehnen, also die Möglichkeit einer Unterschlagung und somit auch einer strafbaren Handlung aus § 11 Dep.-Ges. anzuerkennen. Dagegen ist diese Möglichkeit bei dem depositum irregulare, dem Summendepot, im Bankverkehr Bankdepositengeschäft genannt, und bei dem modifizierten regulären Depot zu verneinen[2]). Denn im ersteren Falle erhält der Verwahrer das Eigentum an den hinterlegten Papieren und übernimmt nur die Verpflichtung zur Erstattung von Wertpapieren der gleichen Gattung und Menge[3]); es verlieren daher hier die Wertpapiere die Eigenschaft von »fremden«, und es ist infolge dessen der Anwendung des § 11 Dep.-Ges. so wenig wie der des § 246 St. G. B. Raum gegeben. Anders verhält es sich mit dem modifizierten regulären Depot, bei dem zwar die Wertpapiere zunächst im Eigentum des Hinterlegers bleiben, der Verwahrer jedoch ermächtigt wird, sich dieselben jederzeit zuzueignen und damit seine Verpflichtung zur Erstattung in specie in eine solche zur Erstattung in genere zu modifizieren, bei dem also von einer rechtswidrigen Zueignung keine Rede sein kann.

So einfach nun theoretisch die Sache zu liegen scheint, so grosse Schwierigkeiten bereitet diese Möglichkeit des Vorliegens von Depots der verschiedensten Art und der verschiedensten juristischen Ausgestaltung in der Praxis, indem in vielen Fällen die Feststellung, welche Art des Depots nach dem Willen der Kontrahenten

[1]) z. B. Hugo Meyer S. 636 für den Fall, dass jemand Sachen aus einem ihm anvertrauten Behältnis entwendet, ebenso Oppenhoff 242, 31; Olshausen 246, 8bβ.

[2]) Vergl. über die verschiedenen Arten des Verwahrungsgeschäftes; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Auflage 1900 S. 508 ff.

[3]) Vergl. § 700 B. G. B.

beabsichtigt ist, infolge unzureichender Willensäusserung eine ungemein schwierige ist. Es war ja dies eine der Misslichkeiten des bestehenden Rechtszustandes, zu deren Abhilfe das Depotgesetz erging[1]). Nach demselben[2]) bedürfen nun das depositum irregulare und das modifiziert reguläre Depot, falls der Verwahrer ein Vollkaufmann ist, ein Fall, der allein ja hier in Frage steht, zu ihrer Wirksamkeit der ausdrücklichen, schriftlichen und speziellen, d. h. auf das einzelne Geschäft bezüglichen Erklärung des Hinterlegers, es sei denn dass dieser ein Bankier oder Geldwechsler ist, in welchem Falle es bei der Bestimmung des § 700 Abs. 2 B. G. B. sein Bewenden hat, demzufolge wenigstens ausdrückliche Vereinbarung erforderlich ist. Ist die vorgeschriebene Form nicht beobachtet, so ist die Vereinbarung nichtig, und ist es das depositum ebenso wie wenn keine Vereinbarung getroffen ist, als ein depositum regulare zu betrachten[3]); § 11 Dep.-Ges. findet also an sich Anwendung. Indessen bleibt noch zu untersuchen, ob nicht trotz der Formvorschriften das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlen und aus diesem Grunde die Annahme einer strafbaren Handlung ausgeschlossen sein kann[4]).

Vom Summendepot ist das Sammeldepot zu unterscheiden, bei welchem dem Verwahrer das Recht eingeräumt wird, die Bestände verschiedener Hinterleger mit einander wie auch mit eigenen zu vermischen und aus dieser Gesamtmasse die Rückforderungsansprüche

[1]) Vergl. Begründung zum Entwurfe eines Depotgesetzes S. 38.

[2]) § 2 Dep.-Ges.

[3]) Es ist aber die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass die Empfangnahme von Wertpapieren mit der Verpflichtung zur Rückgewährung in genere auch auf Grund eines Darlehensvertrags erfolgen kann; in diesem Falle finden die Formvorschriften des § 2 keine Anwendung.

[4]) Hierüber vergl. unten S. 67 ff.

jedes Hinterlegers durch Leistung einer entsprechenden Menge gleichartiger Wertpapiere zu befriedigen. Hier entsteht durch die Vermischung Miteigentum der Hinterleger, aber für den Verwahrer bleiben die Wertpapiere nach wie vor fremde; höchstens gewinnt auch er Miteigentum daran. Uebrigens kann auch ein derartiges Sammeldepot nur durch ausdrückliche Willenserklärung begründet werden, für welche die gleichen Vorschriften zur Anwendung kommen, welche wir beim depositum irregulare kennen lernten[1]); nur seitens eines Bankiers oder Geldwechslers bedarf es, da § 700 Abs. 2 diesen Fall nicht umfasst, hier auch einer ausdrücklichen Erklärung nicht.

Wie eine hinterlegte, so kann weiter eine dem Pfandrecht unterliegende Sache Gegenstand der strafbaren Handlung des § 11 Dep.-Ges. sein. Die Rechtsgeschäfte — um mit diesen zu beginnen —, durch welche ein solches Pfandrecht an Wertpapieren begründet wird, weisen eine verschiedenartige Natur auf, wie sie auch unter wechselnden Bezeichnungen auftreten[2]). Massgebend ist im einzelnen Fall, dass ein Wertpapier als Unterlage für einen gewährten oder zu gewährenden Kredit in Gewahrsam gegeben wird, ohne dass das Eigentum auf den Gewahrsamsinhaber übergeht. Es scheidet somit an dieser Stelle zunächst das pignus irregulare aus; aber auch die Fälle gehören nicht hieher, in denen dem Pfandgläubiger eine facultas alternativa zur Erstattung in genere eingeräumt wird. Es treten hier völlig analoge Rechtsverhältnisse auf, wie beim Verwahrungsvertrag[3]). Es darf deshalb wohl auf die bei diesem gemachten

[1]) Vergl. § 2 Dep.-Ges.

[2]) v. Pechmann a. a. O. S. 8 (mit Bezug auf § 1 Dep.-Ges.).

[3]) Vergl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 514.

Ausführungen Bezug genommen werden, die hier alle entsprechende Anwendung finden. Namentlich sei hervorgehoben, dass weitergehende Verfügungsrechte des Pfandgläubigers an den verpfändeten Wertpapieren, durch welche die Möglichkeit einer rechtswidrigen Zueignung ausgeschlossen wird, von Vereinbarungen abhängig gemacht sind, welche durch die gleichen Formvorschriften erschwert sind, wie sie für den Verwahrungsvertrag erwähnt wurden. Wie bei diesem muss es endlich auch beim Pfandvertrag für gleichgiltig erachtet werden, ob derselbe mit der Gewahrsamsbegründung zusammenfällt oder ihr nachfolgt.

Das Gesetz verlangt nur allgemein, dass der Gewahrsamsinhaber Pfandgläubiger sei: es besteht keine Veranlassung, zwischen dem vertragsmässigen und dem gesetzlichen Pfandrechte zu unterscheiden; liegen doch auch innere Gründe nicht vor, welche zu einer Einschränkung des allgemeinen Begriffs des Pfandgläubigers auf den aus einem Pfandvertrage Berechtigten zwingen könnten. Das Pfändungspfandrecht hat insofern hier praktisch keine Bedeutung, als mit Rücksicht auf den Gewahrsam des Gerichtsvollziehers die Möglichkeit einer strafbaren Handlung aus § 11 Dep.-Ges. abzulehnen ist.

Ein dritter und letzter Fall endlich, der unter § 11 fällt, ist der, dass ein Kaufmann als Kommissionär fremde Wertpapiere in Gewahrsam genommen hat. Die Streitfrage, welche sich an § 9 knüpft, ob das Gesetz lediglich die Fälle der Kommission im Auge habe, in denen ein Anschaffungsgeschäft in Frage stehe, oder alle Fälle derselben, eine Streitfrage, die übrigens sogar hier trotz des nicht ganz klaren Wortlauts überwiegend im letzteren Sinn beantwortet wird [1]), erübrigt sich.

[1]) v. Pechmann a. a. O. S. 276; Häring a. a. O. S. 12; wohl auch Honig S. 21, der allgemein von Kommissionsvertrag spricht.

wohl für § 11 mit Rücksicht auf dessen allgemeinere Fassung.

Nun beschränkt das neue Handelsgesetzbuch[1]) den Begriff des Kommissionärs auf die Fälle der Einkaufs- und Verkaufskommission, d. h. auf die gewerbsmässige Uebernahme des Auftrags, (Waren oder) Wertpapiere für Rechnung eines andern im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen, erklärt[2]) aber dann die für den Kommissonär aufgestellten Bestimmungen auch für anwendbar, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer Art, oder wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes irgend ein Geschäft für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu schliessen übernimmt. Zweifellos wird man in all diesen Fällen, wenn ein Kaufmann zum Zwecke der Ausführung eines solchen Geschäftes fremde Wertpapiere in Gewahrsam nimmt, sagen müssen, er habe es »als Kommissionär« gethan.

Besondere Schwierigkeiten bietet beim Kommissionsgeschäft infolge der verwickelten Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgute die Frage, von welchem Zeitpunkte an, bezw. bis zu welchem Zeitpunkte letzteres mögliches Objekt einer rechtswidrigen Zueignung ist. Es seien der Erörterung dieser Frage die Einkaufs- und die Verkaufskommission zu Grunde gelegt, welche ja bei weitem die wichtigsten Fälle darstellen.

Da liegt die Sache noch verhältnismässig einfach bei der Verkaufskommission. Hier bleibt regelmässig der Kommittent Eigentümer, bis das Eigentum durch Vermittelung des Kommissionärs auf den Käufer übergeht; der Kommissionär wird daher hier im allgemeinen überhaupt nicht Eigentümer; die Wert-

[1]) § 383 H. G. B.
[2]) § 406 H. G. B.

papiere bleiben für ihn stets fremde, die er für den Kommittenten oder den Erwerber in Gewahrsam hat, an denen er daher jederzeit eine rechtswidrige Zueignung begehen kann. Eine Modifikation des Gesagten ergibt sich nur aus dem Selbsteintrittsrechte des Kommissionärs, welches ihn berechtigt, selbst als Käufer aufzutreten, also durch einseitigen Akt sich das Eigentum am Kommissionsgute zu verschaffen. Dieses Selbsteintrittsrecht[1]) des Kommissionärs ist aber in enge Grenzen verwiesen, und so die Möglichkeit sehr eingeschränkt, dass der Kommissionär durch Ausübung desselben nach erfolgter rechtswidriger Zueignung sich Straflosigkeit sichert. Abgesehen davon, dass es überhaupt nur bei Wertpapieren mit amtlicher Kursnotierung zugelassen ist[2]), ist seine Ausübung dadurch beschränkt, dass es spätestens mit der Ausführungsanzeige an den Kommittenten, höchstens auf Grund besonderer Vereinbarung mit diesem noch im weiteren Verlaufe des Tages, an dem die Ausführungsanzeige erfolgt, erklärt werden kann[3]).

Im Gegensatz zur Verkaufskommission erwirbt bei der Einkaufskommission der Kommissionär regelmässig zunächst das Eigentum am Kommissionsgute für sich, während dem Kommittenten lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Uebereignung zusteht. Doch ist die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen, dass das Eigentum am Kommissionsgute, ohne durch die Person des Kommissionärs hindurchzugehen, unmittelbar dem Kommittenten erworben wird, falls nur der Kommissionär mit dem Kontrahenten, mit dem er abschliesst, sich dahin einigt. Aber der Regel nach

[1]) Vergleiche hierüber Adolf Endemann, das moderne Börsen-Kommissionsgeschäft im Effektenverkehr 1895 S. 9 ff.

[2]) § 400 Abs. 1 H. G. B.

[3]) § 405 Abs. 2 H. G. B.

muss der Kommissionär dem Kommittenten das Eigentum am Kommissionsgute erst übertragen; vorher kann er sich selbstverständlich einer rechtswidrigen Zueignung desselben nicht schuldig machen. Diese Eigentumsübertragung, die natürlich nach den gewöhnlichen Grundsätzen vollzogen werden kann, soll nun kraft positiver Bestimmung des Gesetzes[1]), falls sie nicht früher schon erfolgt ist, jedenfalls mit der Absendung[2]) eines sogenannten Stückeverzeichnisses vor sich gehen, zu welcher der Kommissionär nach § 3 Dep.-Ges. binnen einer daselbst bestimmten kurzen Frist verpflichtet ist; es ist darunter ein Verzeichnis zu verstehen, in welchem die angekauften Stücke mit Angabe der Gattung, des Nennwerts, der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale aufzuführen sind. — Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs bedeutet bei der Einkaufskommission keine besonderen Complicationen.

Die Handlung des § 11 Dep.-Ges. ist, wie schon erwähnt, die gewöhnliche Unterschlagungshandlung, die rechtswidrige Zueignung, der hier nur mit Rücksicht auf die besonderen Umstände, unter denen sie begangen wird, der Charakter einer schwerer strafbaren Handlung beigelegt ist. Die Norm, an welche die Strafdrohung im vorliegenden Falle anknüpft, ist keine andere als diejenige, welche § 246 St. G. B. zu Grunde liegt; es ist die allgemeine, d. h. an jedermann sich richtende Norm, welche die Achtung fremden Eigentums gebietet. Wir haben also eine lex specialis vor uns, welche sich lediglich auf das Strafgesetz, nicht auf die Norm bezieht. So hat das Delikt Aehnlichkeit mit den sogenannten uneigentlichen Amtsdelikten[3]). Wie bei diesen die Be-

[1]) § 7 Dep.-Ges.

[2]) also in dem Augenblick, in welchem dasselbe zur Post gegeben oder der Bote, der es überbringen soll, vom Aufgabeort abgeht. Häring S. 14.

[3]) Olshausen N. 1 u. 2 vor § 331.

amteneigenschaft des Thäters der Uebertretung einer allgemeinen Norm erhöhte Strafwürdigkeit verleiht, so wird die schwerere Strafe, mit welcher das Gesetz Depotunterschlagungen bedroht, durch die besondere Stellung, eine Vertrauensstellung hervorragender Art gerechtfertigt, welche ein Kaufmann, der Depotgeschäfte betreibt, notwendig einnimmt.

Nun ist aber die Handlung des § 11 Dep.-Ges. noch in einer ganz eigenartigen Weise charakterisiert, indem als ein weiteres Moment, von welchem die erhöhte Strafbarkeit abhängen soll, der Umstand aufgenommen ist, dass der Thäter die rechtswidrige Zueignung im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung begangen hat, und dieser Umstand kommt zu seiner wahren Bedeutung durch ein letztes Erfordernis des Thatbestandes, das Erfordernis der Zahlungseinstellung des Thäters, bezw. der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen.

Durch die Aufnahme dieser beiden letzten Momente, Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung, und die Stellung, welche sie im Thatbestande einnahmen, erinnert die uns vorliegende Strafbestimmung sehr an die Formulierung, welche der Bankbruch im geltenden Rechte gefunden hat. Häring[1]) kommt auf Grund dieser Aehnlichkeit dazu, im Anschluss an Köstlin hier von einem unechten Bankerottfall zu sprechen. Doch kann man bei der durchaus verschiedenartigen Natur der beiden Delikte, die auch Häring vollkommen würdigt, an dem Werte einer derartigen zusammenfassenden Bezeichnung, für welche ja gar kein Bedürfnis besteht, zweifeln. Es handelt sich um eine rein äusserliche Angleichung an die Bankerottfälle, welche in der Fassung des § 11 Dep.-Ges. gegeben ist. Wenden wir uns nun aber der Frage

[1]) Häring a. a. O. S. 34 f.

zu, welche Bedeutung dem Momente der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung im Rahmen unserer Strafbestimmung zukommt, so ist es nicht ohne Interesse, die Vorfrage zu stellen, wie es sich mit demselben in den Bankerottfällen verhält, welche ja offenbar das Vorbild abgaben. Beim Bankbruch besteht zweifellos ein im Wesen dieses Delikts begründeter, allerdings in der gesetzlichen Formulierung nicht scharf hervortretender innerer Zusammenhang zwischen Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung und den Handlungen, welchen das Gesetz Strafantrag erzeugende Wirkung beilegt. Das Wesen des Bankbruchs ist ja in der Verletzung oder Gefährdung der Forderungsrechte der Gläubiger von seiten des Schuldners durch vorsätzliche oder fahrlässige Verminderung des eigenen Vermögens oder durch Verschleierung des Vermögensstandes zu erblicken[1]). Nur soweit jemand durch Verminderung seines Vermögens oder durch Verschleierung seines Vermögensstandes fremde Interessen, die Interessen seiner Gläubiger verletzen oder gefährden würde, legt ihm das Gesetz die Rechtspflicht auf, Handlungen, welche jenen Erfolg herbeiführen können, zu unterlassen, und bedroht die Verletzung dieser Rechtspflicht mit der Strafe des Bankbruchs. Eigentümlich ist nun dem Delikte des Bankbruchs im geltenden Rechte die konkrete Ausdrucksweise in der Formulierung des Thatbestandes. Wie der Gesetzgeber die Handlungen erschöpfend aufzählt, welche nach seiner Ansicht geeignet sind, eine Verminderung des Vermögens oder eine Verschleierung des Vermögensstandes nach sich zu ziehen, so bringt er den Gedanken, dass diese Handlungen erst durch ihre Beziehung zu fremden Interessen rechtswidrig und strafbar werden, durch das Erfordernis der Zahlungseinstellung und Kon-

[1]) v. Liszt S. 445.

kurseröffnung zum Ausdruck, indem er damit ein für allemal die Frage abschneidet, wann im einzelnen Fall Verletzung oder Gefährdung fremder Forderungsrechte anzunehmen sei[1]). Und zwar führt er dieses Erfordernis in der Weise in den Thatbestand ein, dass er durch dasselbe einen Kreis von Personen abgrenzt, an welche sich seine Norm ausschliesslich richtet, welche daher ausschliesslich die möglichen Subjekte des Bankbruchs darstellen. So bilden also Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung beim Bankbruch wesentliche Bestandteile des Thatbestandes[2]).

Und es besteht kein Grund, diesen Momenten im Falle des § 11 Dep.-Ges. eine andere Stellung einzuräumen[3]). Freilich handelt es sich hier um eine Verknüpfung derselben mit einer völlig selbständigen, an sich schon strafbaren Handlung. Aber wie sie dort die Strafbarkeit einer Handlung erst begründen, so wirken sie hier eben als strafschärfende Umstände, nicht für sich allein, aber doch in Verbindung mit anderen Momenten. Und diese ihre straferhöhende Bedeutung erklärt sich folgendermassen: Der Unterschlagung, welche ja den Kern des in § 11 aufgestellten Verbrechensbegriffs bildet, ist als einer Eigentumsverletzung ihrem Wesen nach der Gesichtspunkt einer Vermögensverletzung oder -gefährdung völlig fremd. Ob die Unterschlagung dem Eigentümer seine Sache endgiltig und ersatzlos entzieht, oder ob er in der Lage ist, sie wieder zurückzugewinnen oder wenigstens einen Ersatzanspruch erfolgreich geltend zu machen, ja sogar an sich ob der Thäter die Absicht hat, Ersatz zu leisten, ob diese

[1]) v. Liszt S. 446 f.

[2]) Binding, Grundriss II S. 239 ff. A. M.: v. Liszt S. 447, welcher dieselben als Bedingungen der Strafbarkeit auffasst.

[3]) Vergl. auch die Begründung zu dem Depotgesetzentwurf, welche von einem »Thatbestandsmerkmal« spricht; S. 48 (zu § 12 des Entwurfs).

Absicht eine ernstliche ist, ob sie wirklich zur Ausführung kommt, all dies ist für den Begriff der Unterschlagung vollkommen belanglos.

Eben dieser Gesichtspunkt einer Vermögensverletzung oder -gefährdung ist nun aber in § 11 Dep.-Ges. vom Gesetzgeber in dem Erfordernisse der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung herangezogen, um neben anderen Momenten einen erschwerten Fall der Unterschlagung zu bilden[1]). Dem Grundgedanken des Gesetzgebers entsprechend, wie er hier zum Ausdruck kommt, müsste jeder Thäter eine schwerere Strafe verwirken, der in prekärer Vermögenslage sich einer Unterschlagung schuldig macht. Und eine gewisse Berechtigung kann diesem Gedanken nicht abgesprochen werden. Denn in allen diesen Fällen wird der Eigentümer, soweit er nicht etwa die individuelle Sache wieder an sich zu bringen vermag, vielmehr auf einen Ersatzanspruch angewiesen ist, um einen Vermögensverlust zu vermeiden, mindestens einer Vermögensgefährdung ausgesetzt, indem sein Anspruch von den unsicheren wirtschaftlichen Schicksalen des Thäters abhängig ist. Dass aber eine Unterschlagung strafwürdiger erscheint, wenn sie neben der Eigentumsverletzung zugleich eine Vermögensverletzung bedeutet, diese Ansicht lässt sich schliesslich auch vertreten.

Von den Fällen, die nach obigem Grundgedanken schwerere Strafe erheischten, hebt nun der Gesetzgeber ähnlich wie beim Bankbruch nur die wichtigsten hervor, die Fälle, in denen die ungünstigen Vermögensverhältnisse des Thäters in der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung offen in die Erscheinung treten, und

[1]) Honig a. a. O. S. 27 erblickt das strafschärfende Moment in § 11 Dep.-Ges. lediglich in dem Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung; ähnlich Häring a. a. O. S. 40, N. 6 im Hinzutreten der (Zahlungseinstellung oder) Konkurseröffnung.

erklärt demgemäss als mögliches Subjekt des erschwerten Falles der Unterschlagung in § 11 Dep.-Ges. den Kaufmann, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist[1])[2]). Auch hier haben also Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung die Bedeutung, den Kreis der möglichen Subjekte der strafbaren Handlung zu bestimmen; dabei handelt es sich also hier um einen Kreis von Personen, an welche zwar nicht eine Norm sich ausschliesslich richtet, denen vielmehr eine allgemeine Norm besonders eindringlich zu Bewusstsein gebracht werden soll.

Jene beiden Momente sind somit hier so wenig wie beim Bankbruch als Bedingungen der Strafbarkeit, bezw. Bedingungen erhöhter Strafbarkeit zu betrachten[3]). Doch ist dieser prinzipielle Gegensatz ohne erhebliche praktische Bedeutung, da beide Auffassungen in den praktisch wichtigsten Consequenzen auf dasselbe hinausgehen. Dass mit keiner derselben die Forderung eines Kausalzusammenhangs zwischen der rechtswidrigen Zueignung und der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung verträglich ist, erscheint ohne weiteres als

---

[1]) Ob es zweckmässig war, den Begriff der Unterschlagung bei diesem Spezialfalle in solcher Weise zu trüben, ob es nicht besser gewesen wäre, die Depotunterschlagung, wie angeregt war, allgemein der schwereren Strafe zu unterstellen, oder aber von einer Spezialbestimmung ganz abzusehen, entzieht sich hier der Beurteilung.

[2]) An sich hätten daher diese Ausführungen schon an früherer Stelle gebracht werden sollen; jedoch empfahl es sich mit Rücksicht auf den Zusammenhang mit der Handlung, sie diesem Orte vorzubehalten.

[3]) Uebereinstimmend v. Pechmann a. a. O. S. 23 (für § 10; doch ist aus seinem Uebergehen dieser Frage bei Behandlung des § 11 zu schliessen, dass er dieselbe zugleich für diesen Fall gelöst haben will); für die Auffassung als Thatbestandsmerkmal auch Honig a. a. O. S. 26. A. M.: Häring a. a. O. S. 42, dessen Begründung seiner Ansicht mir nicht überzeugend scheint.

einleuchtend[1]). Aber auch die Schuld des Thäters braucht zweifellos diese Umstände nicht zu umfassen: dies ist ja eine notwendige Folgerung, wenn man in denselben Bedingungen der Strafbarkeit erblickt[2]): man gelangt aber zu diesem Satze auch von der oben vertretenen Auffassung aus, derzufolge man es hier mit einem wesentlichen Bestandteile des Thatbestandes zu thun hat, indem nach der Fassung des Gesetzes diese Umstände erst nach Vollendung der Handlung und vollständig unabhängig von ihr eintreten können, in welchem Falle die zum Begriffe des Verbrechens erforderliche Schuld sich auf dieselben unmöglich beziehen kann[3]).

Das Moment der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung steht, wie die letzten Ausführungen zeigten, zu der Handlung der rechtswidrigen Zueignung nur in ganz lockerer Beziehung. Eine gewisse engere Verknüpfung wird nun aber dadurch vermittelt, dass die rechtswidrige Zueignung, wie schon hervorgehoben, im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung vorgenommen werden muss. Damit treten zwei weitere Begriffe auf, welche den bisher behandelten der Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung gegensätzlich gegenüberstehen. Ein gewisses regelmässig, aber nicht notwendig vorhandenes Wechselverhältnis zwischen diesen 4 Begriffen lässt sich in der Weise feststellen, dass die Ueberschuldung, welche vorliegt, wenn die Passiva die Activa übersteigen, die gewöhnliche, aber nicht die notwendige und ebensowenig die einzige Ursache der Zahlungsunfähigkeit ist, d. i. der Unfähigkeit, eine fällige Forderung mangels der nötigen Mittel

---

[1]) Uebereinstimmend v. Pechmann, a. a. O. S. 280; Häring S. 43; Honig S. 27, auch die Begründung S. 48.

[2]) Häring S. 46 N. 2.

[3]) Anderer Meinung: Honig a. a. O. S. 26, da das Gesetz ausdrücklich das Bewusstsein dieser Momente fordere. (?)

zu befriedigen, während die Zahlungseinstellung in der mit Zahlungsunfähigkeit begründeten Nichterfüllung einer fälligen und geltend gemachten Forderung sich darstellt, mag diese Zahlungsunfähigkeit eine wirkliche, eine irrtümlich angenommene oder gar nur eine vorgespiegelte sein; die Konkurseröffnung endlich unterscheidet sich von sämtlichen bisher erwähnten Begriffen dadurch, dass sie durch einen gerichtlichen Beschluss eintritt, welcher auf Antrag des Schuldners oder eines Konkursgläubigers ergeht und die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur notwendigen Voraussetzung hat[1]).

Wurde oben die Forderung eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Zueignung und der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung abgelehnt, so ergibt sich nun durch das Einschieben des »Bewusstseins der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung« doch ein Zusammenhang, nämlich ein zeitlicher, es muss nämlich die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung, in deren Bewusstsein der Thäter die Unterschlagung beging, zu der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, deren Eintritt der Unterschlagung erst den Charakter einer nach § 11 Dep.-Ges. strafbaren Handlung verleiht, führen, zu diesen Thatsachen im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen[2]). Nur dies kann ja der Gedanke des Gesetzes sein. Demgemäss ist § 11 für nicht anwendbar zu erachten, wenn die Zahlungsschwierigkeiten, welche zur Zeit der verübten Unterschlagung bestanden, sich wieder heben, und erst darnach von neuem eintreten, dieses Mal mit Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung endigend.

Wenn die letzten Erörterungen die Fälle zum Gegenstande hatten, in denen Zahlungseinstellung oder Konkurs-

[1]) Berner S. 592; v. Liszt S. 446.

[2]) Uebereinstimmend die Begründung zum Depotgesetzentwurf S. 48 (zu § 12 des Entwurfs); v. Pechmann S. 280; Häring S. 44 f.

eröffnung der rechtswidrigen Zueignung nachfolgen, so waren diese Fälle selbstverständlich nicht als die einzigen gedacht, welche § 11 Dep.-Ges. treffen will. In gleicher Weise sind natürlich dieser Strafbestimmung auch die Fälle zu subsumieren, in denen die Zueignung nach Eintritt der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung begangen wird. Es ergibt sich dies einfach daraus, dass Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung gegenüber jenen Momenten das »Weniger« bedeuten, mit ihnen also notwendig gegeben sind.

Was die Schuldformen anlangt, so ist auch die strafbare Handlung des § 11 wie die gewöhnliche Unterschlagung mangels besonderer ausdrücklicher oder konkludenter gesetzlicher Anordnung nur der vorsätzlichen Begehung fähig. Der Vorsatz entspricht zunächst demjenigen, der zum Begriff der Unterschlagung überhaupt erforderlich ist, jedoch mit einer Erweiterung; er muss auch einerseits die Eigenschaft des Thäters als Kaufmann, andererseits das Verhältnis umfassen, in welchem derselbe zu dem Objekt der rechtswidrigen Zueignung steht; der Thäter muss sich nicht nur bewusst sein, dass er sich fremde Wertpapiere aneignet, sondern auch, dass es sich um Wertpapiere handelt, die er im Betrieb seines Handelsgewerbes als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär in Gewahrsam genommen hat[1]). Dagegen braucht sich der Vorsatz, wie schon an früherer Stelle hervorgehoben, nicht auf die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zu beziehen, muss sich jedoch mit dem Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung verbinden.

Einer besonderen Erörterung bedarf an dieser Stelle noch die Bedeutung des Bewusstseins der Rechts-

[1]) § 59 I St. G. B.: Wenn jemand das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche ..... die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

widrigkeit. Dieselbe wurde ja mit Bezug auf den Unterschlagungsbegriff im allgemeinen schon oben gewürdigt[1]). Das dort Gesagte gilt natürlich auch für diesen besonderen Fall. Nun möchte aber für die im Rahmen des § 11 sich bewegenden Fälle (auch soweit sie eine einfache Unterschlagung darstellen) diese Bedeutung teilweise durch § 2 Dep.-Ges. in Frage gestellt scheinen. Hier ist nämlich bestimmt:

»Eine Erklärung des Hinterlegers oder Verpfänders, durch welche der Verwahrer oder Pfandgläubiger ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter oder verpfändeter Wertpapiere der in § 1 bezeichneten Art gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, ist, falls der Hinterleger nicht gewerbsmässig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur giltig, soweit sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird.«

Die Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Kommissionär, wenigstens was die Einkaufskommission betrifft, ergibt sich aus § 7 Abs. 2 l. c.

Dieselbe sollte, wie in der Begründung ausgeführt wird, die in der Rechtsprechung bestehende Praxis, die Anwendbarkeit des § 246 St. G. B.[2]) bei einer objektiv rechtswidrigen Zueignung fremder vertretbarer Sachen auszuschliessen, falls der Thäter im Augenblick der Aneignung die Absicht des Ersatzes hatte, und deren Ausführbarkeit durch bereite Mittel gewährleistet war, insoweit beseitigen, als Wertpapiere in Frage stehen, welche bei einem Kaufmann hinterlegt oder ihm verpfändet sind. Es sollte durch die Vorschrift des § 2 der Rechtszustand geschaffen werden, dass der Verwahrer

[1]) S. 32 f.

[2]) und die gleiche Stellung hätte konsequent die Praxis zu § 11 Dep.-Ges. einnehmen müssen.

und Pfandgläubiger zur Zueignung der hinterlegten und verpfändeten Papiere, auch soweit sie regelmässig als vertretbare gelten, grundsätzlich nicht berechtigt ist und diese Berechtigung auch nicht durch formlose Zustimmung des Eigentümers, sondern nur durch eine ausdrückliche, schriftliche und für das einzelne Hinterlegungs- und Verpfändungsgeschäft ausgestellte Ermächtigung erlangen kann. Dass das Gesetz diesen Zweck thatsächlich erreicht hat, ist nicht zu leugnen. Wenn die Begründung aber weiter meint, durch die Formvorschrift werde zu wege gebracht werden, dass bei Nichtvorliegen einer formgerechten Erklärung der Annahme einer Zustimmung des Eigentümers zur Zueignung seitens des Verwahrers oder Pfandgläubigers nur höchst ausnahmsweise Raum gegeben sei, so dürfte dies doch nicht ganz zutreffen. Ist doch gewiss die Möglichkeit nicht in Abrede zu stellen, dass nach Hingabe der Wertpapiere in Verwahrung, bezw. zu Pfand unvorhergesehene Umstände eintreten, auf Grund deren der Verwahrer oder Pfandgläubiger in durchaus zu rechtfertigender Weise zu der Annahme gelangt, er dürfe wohl die Zustimmung des Hinterlegers oder Verpfänders zur Zueignung voraussetzen. Und wenn gar der Eigentümer seine Zustimmung in formloser Weise erteilte, so kann[1]) dieselbe, wenn sie auch wegen des Formmangels nichtig ist und daher die objektive Rechtswidrigkeit einer etwaigen Zueignung

[1]) Uebereinstimmend v. Pechmann a. a. O. S. 273; doch geht dieser wohl zu weit, wenn er meint, es könne hier gewiss regelmässig vom Bewusstsein der Rechtswidrigkeit keine Rede sein. Denn wenn der Verwahrer oder Pfandgläubiger sich dessen bewusst ist, dass die Zustimmungserklärung wegen Formmangels nichtig sei, so handelt er doch unter Umständen eben mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2 im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, mag er sich auch in Uebereinstimmung mit dem Eigentümer wissen. Dagegen schliesst sich Honig, die strafrechtlichen Bestimmungen des Bankdepotgesetzes, Erlanger Dissertation 1898 S. 23, vollständig dem von der Begründung vertretenen Standpunkt an.

nicht zu beseitigen vermag, doch wenigstens die Annahme einer Berechtigung zur Zueignung rechtfertigen und infolge dessen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ausschliessen. Sonach erscheint die Bedeutung des § 2 keineswegs als eine so erhebliche, wie man bei Einbringung des Depotgesetzentwurfs erwartete. Der Rechtszustand ist, was die Möglichkeit einer Unterschlagung anlangt, nicht wesentlich geändert worden.

Die Vollendung ist gegeben mit der im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung vorgenommenen rechtswidrigen Zueigung. Der Eintritt der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung ist nach der Stellung, welche diese Momente im Thatbestande einnehmen, ohne Einfluss auf die Beurteilung der Vollendung. Vor demselben ist allerdings die rechtswidrige Zueignung nur nach § 246 St. G. B. strafbar[1]).

Dementsprechend ist auch die strafbare Handlung des § 11 begangen zu der Zeit, zu welcher, und an dem Ort, an welchem die rechtswidrige Zueignung erfolgt ist, ohne Rücksicht auf Zeit und Ort des Eintritts der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung. Davon ist die weitere Folge, dass die Verfolgungsverjährung mit der vollendeten Zueignung ihren Lauf beginnt.

Die Strafe der vollendeten strafbaren Handlung ist Zuchthaus von 1 Jahr bis zu 15 Jahren; sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren ein[2]). Die Handlung zählt somit zu den Verbrechen und zwar in jedem Fall, selbst dann, wenn auf Grund mildernder Umstände nur auf Gefängnisstrafe erkannt wird; denn durch die allgemeinen

[1]) Dass bei Vorliegen des Thatbestandes des § 11 die Anwendbarkeit des § 246 ausgeschlossen ist, bedarf kaum ausdrücklicher Erwähnung. Honig a. a. O. S. 28.

[2]) Der Strafrahmen ist der gleiche wie beim betrüglichen Bankerott (§ 239 K. O.)

mildernden Umstände wird nicht ein neuer besonderer Strafrahmen gebildet, es tritt vielmehr nur eine Erweiterung des regelmässigen Strafrahmens ein[1]). In jedem Falle kann nach § 32 St. G. B. auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, und zwar neben der Zuchthausstrafe für die Dauer von 2 bis 10, neben der Gefängnisstrafe[2]) für die Dauer von 1 bis zu 5 Jahren. Mit der Verurteilung zur Zuchthausstrafe treten natürlich ausserdem die Wirkungen des § 31 St. G. B. von selbst ein[3]).

Die Natur der strafbaren Handlung als die eines Verbrechens ermöglicht strafbaren Versuch. Doch setzt auch dieser, falls Bestrafung aus § 11 Dep.-Ges. erfolgen soll, notwendiger Weise den bereits vorausgegangenen oder wenigstens den nachfolgenden Eintritt der Zahlungseinstellung bezw. der Konkurseröffnung voraus, da erst mit dem Vorliegen eines dieser Umstände die Frage entschieden ist, ob sich der Thäter einer Vergehung gegen die Strafbestimmung des § 11 sei es in Form des vollendeten oder nur des versuchten Verbrechens schuldig machen kann, bezw. konnte. Ein nach § 11 Dep.-Ges. strafbarer Versuch ist demgemäss nur in der Weise denkbar, dass eine Handlung vorliegt, welche den Entschluss einer rechtswidrigen Zueignung bekundet und einen Anfang der Zueignung darstellt, und diese Handlung von einem falliten Schuldner im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung begangen wurde, wobei es gleichgiltig ist, ob jene Eigenschaft schon im

[1]) v. Liszt S. 99.

[2]) Vergl. aber auch § 35 St. G. B.

[3]) §§ 247 und 248 St. G. B. erscheinen mangels ausdrücklicher Bestimmung nicht als anwendbar, da § 11 Dep.-Ges. sich als ein völlig selbständiges Verbrechen darstellt. A. M. Honig a. a. O. S. 27. Uebereinstimmend v. Liszt S. 432.

Momente der That vorlag oder erst nachhinkte. Fehlt das letztere Moment, so stellt sich die Handlung lediglich als versuchte Unterschlagung dar, welche ja nach § 246 St. G. B. auch strafbar ist. Uebrigens ist das Gebiet des Versuchs wie bei der Unterschlagung überhaupt ein sehr enges.

Wie Vollendung und Versuch ist auch die Teilnahme[1]) an dem Verbrechen auf Grund des für dasselbe aufgestellten Strafrahmens nur unter der Voraussetzung strafbar, dass die Zueignung mit Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung des Thäters zusammentrifft. Für die Teilnahme wirft sich aber noch eine besondere Frage auf; die Bestimmung des § 50 St. G. B. spielt hier herein. Darnach sind in Fällen, in denen das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Teilnehmer zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen. Das Gesetz unterscheidet hier die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit begründen, und diejenigen, welche sie erhöhen oder vermindern; bei den ersteren sollen für die Teilnehmer die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Thäters massgebend sein, während bezüglich der letzteren jeder Teilnehmer nach den in seiner Person gegebenen Eigenschaften und Verhältnissen beurteilt werden soll[2]). In § 11 Dep.-Ges. haben wir es nun mit einem solchen Falle zu thun, in dem die Strafbarkeit einer an sich strafbaren Handlung nach den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen des Thäters erhöht ist. Soweit daher

[1]) Die Strafbarkeit der Teilnahme in ihren beiden Formen, als Anstiftung und Beihilfe ergibt sich aus §§ 48 und 49 (Versuch strafbar).

[2]) Berner S. 166.

die Unterschlagung in Frage steht, sind die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Thäters, also konkret gesprochen, sein Verhältnis zur Sache, (die Eigenschaft dieser als einer fremden, sowie, was allein praktisch von Bedeutung ist,) sein Gewahrsam[1]) an derselben auch für den Teilnehmer massgebend; denn insoweit handelt es sich um Thatumstände, welche die Strafbarkeit begründen. Anders steht es mit den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, welche § 11 Dep.-Ges., über 246 St. G. B. hinausgreifend, für den Thäter fordert, also die Eigenschaft als Kaufmann, die Stellung eines Verwahrers, Pfandgläubigers, Kommissionärs, das Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung, endlich auch die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung[2]). Wenn daher diese Thatumstände in der Person des Teilnehmers nicht vorliegen, so macht er sich wohl der Teilnahme an einer Unterschlagung schuldig, nicht aber an dem Verbrechen des § 11 Dep.-Ges., seiner Bestrafung ist daher der Strafrahmen des § 246 St. G. B. zu Grunde zu legen. Der umgekehrte Fall, dass der Teilnehmer an einer einfachen Unterschlagung Bestrafung auf Grund des § 11 erfährt, wird nicht leicht denkbar sein.

Eine einfache Consequenz aus dem Gesagten ist, dass Begünstigung und nicht Teilnahme vorliegt, wenn dem Thäter nach erfolgter Zueignung, aber vor Eintritt von Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung Beistand geleistet wird.

Was endlich die Frage betrifft, wie mehrere rechtswidrige Zueignungen, die sämtlich unter die Strafbestimmung des § 11 fallen, jedoch durch dieselbe

[1]) in der oben § 2 erörterten Bedeutung.

[2]) Hinsichtlich des letzten Punktes muss man zu einem anderen Ergebnisse gelangen, wenn man in diesen Thatsachen Bedingungen der Strafbarkeit erblickt.

Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zusammengefasst werden, zu beurteilen seien, so muss man, soweit nicht ein fortgesetztes Verbrechen anzunehmen ist, reale Konkurrenz mehrerer Verbrechen für gegeben erachten; denn mit jeder rechtswidrigen Zueignung liegt eine vollendete selbständige strafbare Handlung vor; § 11 Dep.-Ges. will die Strafbarkeit der einzelnen Gesetzesverletzung erhöhen; mit seinem Zwecke ist die Annahme unverträglich, durch eine Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung werde die Selbständigkeit der einzelnen Unterschlagungen aufgehoben und ein einheitliches Verbrechen geschaffen. Die vertretene Auffassung, wonach Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung zur Charakterisierung des Thäters dienen, gibt auch für eine solche Annahme nicht die geringste Stütze. Es ist somit für die verschiedenen Gesetzesverletzungen nach § 74 eine Gesamtstrafe auszuwerfen[1]).

Die Strafbestimmung des § 11 findet eine wichtige und notwendige Ergänzung in der des § 12, Abs. 2, Ziff. 2. § 11 nennt als möglichen Thäter der von ihm aufgestellten strafbaren Handlung nur den Kaufmann. Würde das Gesetz hiebei stehen bleiben, so wäre sein Zweck, den Depotunterschlagungen durch verschärfte Strafdrohung wirksam Einhalt zu gebieten, nur in sehr unvollkommener Weise erreicht. Denn es wäre in der Hauptsache nur eine der Unternehmungsarten getroffen, in deren

[1]) Das Gleiche ist selbstverständlich bei einem Zusammentreffen des § 11 mit betrüglichem oder einfachem Bankerott um so mehr der Fall; dagegen ist nie Idealkonkurrenz möglich. Honig a. a. O. S. 28. — Von den im Text besprochenen Fällen, in denen es sich um Begehung mehrerer, zeitlich auf einander folgender Zueignungen handelt, sind die Fälle zu unterscheiden, in welchen der Thäter Wertpapiere verschiedener Hinterleger, Pfandgläubiger, Kommittenten durch eine Willensbethätigung sich zueignet. Hier ist wegen des Vorliegens einer Handlungseinheit im natürlichen Sinn (v. Liszt 217) selbstverständlich auch eine Verbrechenseinheit anzunehmen.

Händen das Depotgeschäft ruht, bei denen daher auch die Gefahr der Depotunterschlagung gegeben ist. Wie den Einzelkaufleuten auf allen Gebieten des wirtschaftlichen Lebens die Handelsgesellschaften zur Seite treten, deren Bedeutung ja gerade unter den modernen Verhältnissen fortwährend im Steigen begriffen ist, so nehmen dieselben auch im Depotverkehr eine hervorragende Stellung ein.

Nun enthält allerdings das Handelsgesetzbuch[1]) die Bestimmung, dass die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung finden. Allein wenn es auch nicht zutreffend ist, diese Bestimmung lediglich für die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs gelten zu lassen[2]), so versagt ihre Anwendbarkeit doch zweifellos, soweit es sich um strafrechtliche Vorschriften handelt, da unserem geltenden Rechte eine Deliktsfähigkeit juristischer Personen, geschweige denn anderer Personenvereinigungen unbekannt ist.

Indessen kommt ein anderer Gesichtspunkt in Betracht. Wenn § 11 allgemein von Kaufleuten als möglichen Thätern spricht, so unterliegen seiner Strafbestimmung natürlich auch die Mitglieder einer Handelsgesellschaft, welche als solche Kaufleute sind, soweit die übrigen Thatbestandsmomente hier als zutreffend erscheinen. Kaufmannseigenschaft der Mitglieder begründen aber von den Handelsgesellschaften zunächst die offene Handelsgesellschaft und die einfache Kommanditgesellschaft und zwar bezüglich aller Mitglieder[3]),

---

[1]) § 6 H. G. B.

[2]) Diese Ansicht wird von v. Pechmann (a. a. O. S. 6) und von Honig (S. 10) vertreten.

[3]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 531 und 577.

also auch bezüglich der Kommanditisten[1]), weiter aber auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter. Was nun die Möglichkeit einer Begehung der strafbaren Handlung des § 11 durch eine der genannten Personen betrifft, so bereitet die Anwendbarkeit der Thatbestandsmerkmale im allgemeinen keine Schwierigkeiten mit Ausnahme zweier, der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung und des Bewusstseins der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung. Denn die genannten Gesellschaften sind auf dem Princip der Gemeinschaft zur gesamten Hand aufgebaut[2]), d. h. die Rechte und Pflichten treten in der Gesamtheit der Gesellschafter ein, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien allerdings mit der Modifikation, dass hier die Gesamtheit sich zusammensetzt aus den körperschaftlich organisierten Kommanditisten als Einheit und den einzelnen Komplementären. Demgemäss treten auch die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit als Verwahrer, Pfandgläubiger und Kommissionär auf und nehmen in dieser Eigenschaft die fremden Wertpapiere in Gewahrsam.

Um nun auf die oben hervorgehobenen Momente der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung und des Bewusstseins der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung einzugehen, so ergeben sich bezüglich dieser die Schwierigkeiten daraus, dass sie in § 11 mit Beziehung auf das Vermögen des Thäters aufgestellt sind, während man in den hier behandelten Fällen an das Gesellschaftsvermögen zu denken hat. Dies bedeutet insofern eine Differenz, als die Gesellschafter vielfach ja nicht ihr ganzes Vermögen in die Ge-

[2]) Anderer Meinung v. Pechmann a. a. O. 23, welcher auch bei der einfachen Kommanditgesellschaft nur den persönlich haftenden Gesellschaftern Kaufmannseigenschaft zuerkennt.

[1]) Cosack a. a. O. S. 534, 578, 692.

sellschaft einbringen, infolge dessen Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung[1]), wie Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung sich nur auf ein Sondervermögen des einzelnen Gesellschafters beziehen. Die Wortfassung des § 11 Dep.-Ges. ist nun nicht derart, dass sie die Anwendung desselben auch in diesem Falle ausschlösse, und die ratio legis spricht wohl für die Gleichstellung dieses Falles mit dem normalen.

Einer ergänzenden Strafvorschrift bedurfte es demgemäss nur hinsichtlich derjenigen Handelsgesellschaften, bei denen die einzelnen Mitglieder völlig hinter der Personenvereinigung zurücktreten, nicht selbst als Kaufleute im Handelsverkehr auftreten, also der Handelsgesellschaften, denen das Gesetz juristische Persönlichkeit beilegt, somit hinsichtlich der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Und diese Strafvorschrift bringt eben § 12 Abs. 2, Ziff. 2 Dep.-Ges., welcher den genannten Handelsgesellschaften ausserdem noch die eingetragene Genossenschaft, eine jenen ja sehr nahestehende Unternehmungsform, angliedert. Die Strafdrohung richtet sich ganz naturgemäss gegen die Vertretungsorgane, also gegen die Mitglieder des Vorstands und die Liquidatoren bei der Aktiengesellschaft und eingetragenen Genossenschaft, gegen die Geschäftsführer und Liquidatoren bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Daneben gedenkt sie noch der Liquidatoren der übrigen Handelsgesellschaften, auf welche ja auch § 11 keine Anwendung finden kann.

---

[1]) Dass ein Sonderkonkurs über das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien stattfinden kann, ist in § 209 K. O. bestimmt. Hier ist auch die Vorschrift getroffen, dass über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft auf Aktien das Konkursverfahren auch im Fall der Ueberschuldung stattfindet.

Diese Personen werden nun mit der Strafe des § 11, also mit Zuchthaus, unter mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bedroht, für den Fall dass sie als Vertreter einer Gesellschaft oder Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung derselben fremde Wertpapiere, welche von ihr als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär in Gewahrsam genommen sind, sich rechtswidrig zueignen.

Die Strafbestimmung schliesst sich eng an § 11 an, weist nur einige aus dem Wesen der Sache sich ergebende Abweichungen auf.

Da wäre denn, was zunächst das Objekt anlangt, darauf hinzuweisen, dass als solches fremde Wertpapiere genannt sind, welche die Gesellschaft oder Genossenschaft als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär in Gewahrsam genommen hat. Selbstverständlich kann die Begründung wie die Ausübung dieses Gewahrsams der Gesellschaft oder Genossenschaft nur durch die Vertretungsorgane derselben erfolgen, wie ja eine juristische Person überhaupt nur durch die Handlungen ihrer Organe thätig wird. Streng genommen wäre zu unterscheiden: Während allerdings die Gesellschaft oder Genossenschaft als solche Trägerin der Rechte und Pflichten eines Verwahrers, Pfandgläubigers oder Kommissionärs ist, kann von einem Gewahrsam derselben im eigentlichen Sinn des Worts als dem Verhältnis einer Person zu einer Sache, vermöge dessen die Person willens und im stande ist, über die Sache zu verfügen[1]), gar keine Rede

[1]) Hugo Meyer S. 649.

sein[1]). Die vom Gesetz beliebte Wendung gewinnt insofern Bedeutung, als sie zu der Folgerung nötigt, dass die genannten Personen unter allen Umständen zu der Begehung der strafbaren Handlung befähigt sind, also auch dann, wenn ihnen nach der Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung die Sorge für die Depots nicht obliegt, und sie auch nicht ausnahmsweise mit der Behandlung der Depots befasst sind. Der »Gewahrsam der Gesellschaft oder Genossenschaft« ersetzt den Mangel des Gewahrsams seitens des einzelnen Vertretungsorgans. Das Gesagte wird besonders praktisch wichtig bei der Frage der Mitthäterschaft und der Teilnahme, deren sich sonach jedes Mitglied des Vorstandes bezw. jeder Geschäftsführer und Liquidator schuldig machen kann.

Bezüglich der Handlung lassen sich auf Grund der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes, welches nur verlangt, der Thäter müsse »sich die fremden Wertpapiere zugeeignet haben«, zwei Möglichkeiten unterstellen, welche sich aus der Doppelnatur eines Vertretungsorgans erklären; die Handlung umfasst nämlich das Einverleiben des Objekts in das eigene Vermögen wie in das Vermögen der Gesellschaft bezw. Genossenschaft. Im ersteren Falle handelt eben der Thäter als Privatperson, gewissermassen im eigenen Namen und für eigene Rechnung, im letzteren in seiner Funktion als Vertreter der Gesellschaft oder Genossenschaft[2]). In beiden Fällen muss er aber die rechtswidrige Zueignung im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Gesellschaft oder

[1]) Abgesehen von dem Fall der Begehung der strafbaren Handlung durch die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien.

[2]) Uebereinstimmend Begründung zum Depotgesetzentwurf S. 48 (zu § 13).

Genossenschaft vornehmen, wie endlich noch deren Zahlungseinstellung bezw. die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen einen wesentlichen Bestandteil des Thatbestandes bildet, während die eigene Vermögenslage des Thäters vollständig ohne Belang ist. Auch im Thatbestand des § 12 nehmen Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung die gleiche Bedeutung und Stellung in Anspruch, wie in dem des § 11, d. h. sie dienen zur Charakterisierung der möglichen Thäter. Und wenn hier die Fassung für die Annahme einer Bedingung der Strafbarkeit in gewisser Beziehung verwertbar erscheint, so wird dieser Umstand bei Berücksichtigung der redaktionellen Gründe für diese Fassung sofort hinfällig.

Im allgemeinen kann bezüglich der einzelnen Thatbestandsmomente auf das zu § 11 Bemerkte verwiesen werden. Ergänzend sei nur hervorgehoben, dass für die Aktiengesellschaft[1]) und für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[2]), sowie für die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft im Falle der Auflösung der Genossenschaft[3]) neben der Zahlungsunfähigkeit die Ueberschuldung einen Grund zur Eröffnung des Konkursverfahrens darbietet[4]).

Von den oben erwähnten zwei Möglichkeiten, welche beide den Thatbestand des § 12 Abs. 2, Ziff. 2 erfüllen können, der rechtswidrigen Zueignung im Interesse der Gesellschaft oder Genossenschaft einerseits, im eigenen Interesse andererseits beansprucht die letztere insofern ein besonderes Interesse, als sie eine Kom-

---

[1]) § 207 K. O.

[2]) § 63 Gesetz vom $\frac{20.\ IV.\ 92}{20.\ V.\ 98}$

[3]) § 98 Gesetz vom $\frac{1.\ V.\ 89}{20.\ V.\ 98}$ vergl. auch § 140.

[4]) Bezüglich der Kommanditgesellschaft auf Aktien vergl. oben S. 77.

bination zweier Gesetzesverletzungen darstellt; handelt es sich doch nicht nur um eine Verletzung fremden Eigentums, welche ja eben für den Thatbestand des § 12 Abs. 2, Ziff. 2 wesentlich ist, sondern zugleich um eine Verletzung der Pflichten, welche (dem Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft und) den (sonstigen) Vertretungsorganen einer Gesellschaft oder Genossenschaft gegen diese obliegen. Die Handlung erfüllt somit den allgemeinen Begriff der Untreue, welche sich als die Verletzung der aus Verträgen oder vertragsähnlichen Verhältnissen entspringenden Pflicht zur Wahrnehmung anvertrauter fremder Vermögensinteressen [1]) darstellt. Da aber das Reichsstrafgesetzbuch seiner Strafdrohung gegen Untreue nicht diesen allgemeinen Begriff zu Grunde legt, sondern in kasuistischer Weise einzelne strafbare Thatbestände aus demselben ableitet und unter Strafe stellt [2]), so müsste die in Frage stehende Handlung vom Gesichtspunkt der Untreue aus als straflos erscheinen, da sie unter keinen der besonderen Thatbestände des § 266 subsumiert werden kann. Was speziell Ziffer 2 betrifft, welche allgemein auf Bevollmächtigte Bezug nimmt, so erscheint diese deshalb nicht anwendbar, weil von einer Vollmacht, d. i. einer durch Rechtsgeschäft erteilten und inhaltlich durch dasselbe bestimmten Vertretungsmacht in den hier zu erörternden Fällen nicht die Rede sein kann [3]). Hier greifen nun aber besondere Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs und des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ein, welche in Anlehnung an § 266 St. G. B. die Mitglieder des Vorstandes (oder des

---

[1]) v. Liszt S. 442.
[2]) § 266 St. G. B.
[3]) Vergl. auch §§ 26 und 48 Abs. 2 B. G. B.

Aufsichtsrats) und die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft bezw. Genossenschaft mit Strafe bedrohen, wenn sie absichtlich (d. h., wie in den Fällen des § 266 St. G. B., vorsätzlich) zum Nachteil der Gesellschaft[1]) oder Genossenschaft[2]) handeln[3]). Demgemäss können sich die Mitglieder des Vorstands und die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft in idealer Konkurrenz des Verbrechens des § 12 Abs. 2, Ziff. 2 des Depotgesetzes und des Vergehens der Untreue schuldig machen. Da nun aber in den Fällen, da eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, nur dasjenige Gesetz zur Anwendung kommt, welches die schwerste Strafe, bezw. bei ungleichen Strafarten welches die schwerste Strafart androht[4]), so ist mit Rücksicht darauf, dass in den Fällen der Untreue stets nur Gefängnis und Geldstrafe angedroht ist[5]), die Strafe lediglich nach § 12 Abs. 2, Ziff. 2 Dep.-Ges. zu verhängen.

---

[1]) § 312 H. G. B.

[2]) § 146 Gesetz v. $\frac{1. V. 89}{20. V. 98}$

[3]) Das Gesetz vom 20. IV. 92 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung enthält keine besondere Strafdrohung gegen Untreue.

[4]) § 73 St. G. B.

[5]) Vergl. § 312 H. G. B.: Gefängnis und zugleich Geldstrafe bis zu 20 000 M.; § 146 Gesetz v. $\frac{1. V. 89}{20. V. 98}$: Gefängnis uud zugleich Geldstrafe bis zu 3000 M.